

الأموال

تأليف

الدكتور محمد كامل مرسى بك

أستاذ القانون المدنى بكلية الحقوق
والمحامى لدى محكمة النقض والإبرام

الطبعة الثانية

١٣٥٦ هـ — ١٩٣٧ م

مطبعة فتح الله الياس نورى وأولاده بمصر

أهم المؤلفات المتعلقة بموضوع هذا الكتاب

(ا) مؤلفات فى الشريعة الاسلامية

حاشية ابن عابدين المسماة رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار ، تأليف الشيخ محمد أمين الشهير بابن عابدين ، خمسة أجزاء ، الطبعة الثالثة ، المطبعة الأميرية ، القاهرة ١٣٢٣ هـ .

قرة عيون الأخيار لتكملة رد المحتار على الدر المختار ، تأليف السيد محمد علاء الدين بن الشيخ محمد أمين الشهير بابن عابدين ، جزءان ، المطبعة الأميرية ، ١٣٢٦ هـ .

الفتاوى العالمكيرية ، المعروفة بالفتاوى الهندية ، تأليف جماعة من علماء الهند رآسة الشيخ نظام ، ستة أجزاء ، المطبعة الأميرية ، القاهرة ١٣١٠ هـ .

البدائع (بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع) ، تأليف الامام علاء الدين أبى بكر بن مسعود الكاسانى الحنفى ، سبعة أجزاء ، مطبعة الجمالية ١٩١٠ م .

مرشد الحيران الى معرفة أحوال الانسان ، لمؤلفه محمد قدرى باشا ، الطبعة الثالثة ، المطبعة الأميرية ، القاهرة ١٩٠٩ م .

المجلة (مجلة الأحكام العدلية) ، الطبعة الثانية ، المطبعة العثمانية ، قسطنطينية ١٣٠٥ هـ .

شرح المجلة لسليم رستم باز اللبنانى ، الطبعة الثالثة ، المطبعة الأدبية ، بيروت ١٩٢٣ .

كتاب المعاملات ، تأليف الشيخ أحمد أبى الفتح بك ، مطبعة البسفور القاهرة .

(ب) مؤلفات فى القانون المصرى

أحمد فتحى زغلول باشا — شرح القانون المدنى ، ١٩١٣ .

عبد السلام ذهنى بك — فى الأموال ، مطبعة الاعتماد ، القاهرة ١٩٢٦ .

محمد كامل مرسى بك — الملكية العقارية فى مصر وتطورها التاريخى من عهد الفراعنة حتى الآن ، ١٩٣٦ .

محمد كامل مرسى بك — المجموعة المدنية المصرية ، ١٩٣٦ .

محمد كامل مرسى بك — الملكية والحقوق العينية : الجزء الأول (الأموال ، الحقوق ، حق الملكية ، حق الانتفاع) ١٩٣٣ ، الجزء الثانى (حقوق الارتفاق ، الهبة) ١٩٣٤ ، والثالث (المواريث والوصية) تحت الطبع ، والرابع (الشفعة) ١٩٣٦ .

محمد كامل مرسى بك وسيد مصطفى بك — أصول القوانين ، المطبعة الرحمانية ، القاهرة ١٩٢٣ .

محمد كامل مرسى بك — الشفعة وحق استرداد الحصة المبيعة قبل القسمة ، القاهرة ١٩٣٦ .

محمد كامل مرسى بك Moh. Kamel-Moursy : De l'étendue du droit de propriété foncière en Egypte, étude historique, juridique et comparée, Paris 1914.

بسطوروس Bestawros : Code Civil Egyptien Mixte annoté, Paris 1929-1931.

دى هلتس De Hults : Eléments d'un répertoire alphabétique de droit civil égyptien, 4 vol., Chambéry 1908 - 1912.

هالتون Halton : An elementary treatise on the Egyptian Civil Codes, 2 vol., Cairo 1904 - 1911.

مسينا Messina : Traité de droit civil égyptien mixte, Alexandrie, t. I, 1927, t. II 1928, t. III 1930, t. IV 1934.

Palagi : Le Code Civil Mixte, 3 vol., Alexandrie, 1930. بالاچى

(جـ) مؤلفات فى القانون الفرنسى

Aubry et Rau : Cours de droit civil français, 5e éd., 12 vol., 1897-1922, 6e éd. (en cours de publication). أوبرى ورو

Baudry-Lacantinerie et divers professeurs : Traité théorique et pratique de droit civil., 29 vol., 1905-1908, Supplément, par Bonnecase, 5 vol., 1924-1930. بودرى لاكنترى وآخرون

Colin et Capitant: Cours élémentaire de droit civil français, 7e éd., 1931 ; 8e éd. 1934-1935. كولان وكابيتان

Dalloz : Nouveau code civil annoté, 6 vol., 1900-1921. دالوز

Dalloz : Répertoire pratique, 12 vol., 1910-1920, et suppl. دالوز العملى

Josserand (Louis): Cours de droit civil positif français, 2e éd., 1932. جوسران

Planiol : Traité élémentaire de droit civil, 11e éd., 1928; 12e éd. 1935. پلانيول

Planiol, Ripert et Picard : Traité pratique de droit civil français, Les Biens, 1926. پلانيول وريبير وبيكار

Sirey : Code Civil annoté, 5e éd., 4 vol., 1911-1920. سيرى

(د) مجموعات الأحكام

Dalloz : Recueil périodique. دالوز

Sirey : Recueil périodique سيرى

Revue Critique

Revue Trimestrielle

Bulletin de Législation et de Jurisprudence Egyptiennes (١)( )

Gazette des Tribunaux Mixtes. جازيت

مجلة القانون والاقتصاد — المجموعة الرسمية للمحاكم الأهلية — المحاماة .

الجدول العشرى الأول لمجلة المحاماة ، ١٩٢٠ — ١٩٣٠ ، مطبعة دار الكتب بالقاهرة ١٩٣٢ .

الفهرست العشرية الأولى (١٩٠٠ — ١٩٠٩) ، والثانية (١٩١٠ — ١٩١٩) ، والثالثة (١٩٢٠ — ١٩٢٩) للمجموعة الرسمية للمحاكم الأهلية ، المطبعة الأميرية .

مرجع القضاء لعبد العزيز ناصر .

---

(١) أشرنا الى هذه المجموعة بقوسين ذكرنا بينهما سنة المجموعة والصفحة المنشور بها الحكم .

فى الأموال

Les Biens

مقدمة

١ — **تعريف المال** — المال لغة كل ما يقتنى و يملك من الأعيان .

وكان فى الأصل خاصا بالذهب والفضة ، ثم أطلق على كل ما ينتفع به .

وقانونا هو كل شيء نافع للانسان يصح أن يستأثر به دون غيره[١] ، ويكون محلا للحقوق . فالأموال بالمعنى القانونى هى الأشياء التى لها قيمة اقتصادية . واذن فالاعتبار والشرف والصحة ونحوها ليست أموالا بالمعنى القانونى للكلمة .

وقد جرى الاصطلاح على اعتبار الأشياء القابلة للامتلاك أموالا ، وان لم يكن لها مالك بالفعل ، وهذه الأشياء الأخيرة يقال لها فى القانون الفرنسى الأموال الخالية ، أو التى لا ملك فيها لانسان Biens vacants ou sans maître (مدنى فرنسى ٥٣٩ ، ٧١٣) . وقد عبر عنها القانون المصرى (مدنى ٢٣/٨) بالأموال المباحة Les biens libres ، وعرفها بأنها هى التى لا مالك لها ، و يجوز أن تكون ملكا لأول واضع يد عليها ، وسيأتى الكلام فيها فيما بعد .

وكانت الأموال فى بادىء الأمر مقصورة على الأشياء المادية Res corporalis ، سواء أكانت منقولة أم ثابتة ، كالكتب والملابس والحيوانات والأرض والبناء ، ولكنها أصبحت الآن تشمل أيضا كل العناصر الايجابية للذمة المالية Patrimoine ، فتشمل الايرادات ، وحقوق الارتفاق ، وحق الانتفاع ، وحقوق المؤلفين ، وشهادات الاختراع الخ ، أى أنها الآن تطلق أيضا على الأشياء غير المادية Res incorporalis .

وكلا القانونين المصرى والفرنسى لم يعرفا المال ، ولكنهما بينا أنواعه ،

---

(١) مرشد الحيران المادة الأولى .

ويمكن تعريفه فيهما بالتعريف المتقدم .

٢ — **الفرق بين المال والشيء** — يجب عدم الخلط بين « المـال » و « الشيء » ، لأن المال شيء ، ولـكن ليس كل شيء مالا ، فالبحار والشمس والقمر والهواء والنور أشياء ، ولـكنها لا تعتبر مالا بحسب الاصطلاح القانوني ، لأنها لا تقع في حيازة انسان[1] .

على أن العرف جرى على اعتبار كلمتي « شيء » و « مال » مترادفتين . وقد راعى القانون نفسه هذا الاعتبار ، فقرر في المادة ١٧/٣ مدني (التي عرفت المنقول) أن « التعبير في القانون بلفظ أمتعة mobiliers وأشياء منقولة effets mobiliers وأموال منقولة biens meubles يشمل بلا فرق جميع المنقولات » .

٣ — **الذمة المالية** Le Patrimoine — مجموع الأموال التي يختص بها الشخص ، سواء أكانت حقوقا droits ، أم تكليفات charges ، يقال لها الثروة أو الذمة المالية le patrimoine . والحقوق اما أن تكون حقوقا عينية droits réels ، كحق الملـكية وحق الانتفـاع ، أو شخصية droits personnels ، كالذمامات créances . أما التكليفات فكالديون dettes ، والالتزامات obligations . فالذمة تتكون من عنصر ايجابي l'actif du patrimoine ، ويتناول الحقوق ، ومن عنصر سلبي le pssif du patrimoine ، ويتناول التكليفات . والفرق بينهما ، ان وجد ، يقال له الصافي l'actif net . فاذا كانت ذمة شخص تشمل

---

(١) ولذلك تنقسم الأشياء الى ما يمكن امتلاكه Choses qui peuvent être appropriées ، وما لا يمكن امتلاكه Choses non susceptibles d'être appropriées . ويقال للنوع الثاني الأشياء المشتركة res communes ، ويشمل الأشياء التي بطبيعتها ليست قابلة للامتلاك ، كالهواء والبحار والمياه الجارية . ولـكن هذه الأشياء يصح أن تـكون محلا للانتفاع بهـا ، فبالنسبة للهواء يعتبر مالك الأرض أنه مالك لحد ما لطبقة الهواء التي فوق أرضه ، لأن الملـكية تتعلق بالشيء نفسه وبما فوقه وبما تحته كما سيجيء ، وبالنسبة للماء الجـاري فانه ينتفع به بتسيير السفن وبالصيد فيه . والأشياء القابلة للامتلاك يصح ألا يكون لها مالك ، مثل الطيور التي لا مالك لها . وتوجد في القانون أحكام خاصة بكيفية امتلاك هذه الأشياء سنتكلم فيها فيما بعد .

حقوقا قيمتها ١٠٠٠ جنيه ، وديونا مقدارها ٧٠٠ جنيه ، فان الصافى هو ٣٠٠ جنيه .

وتتغير عناصر الذمة المالية ، فقد تزيد أو تنقص . وقد تكون كل الذمة المالية تكليفات . واذا زادت التكليفات على الحقوق يقال لصاحب الذمة انه فى حالة اعسار en état de déconfiture . واذا كان من التجار يقال انه فى حالة افلاس en état de faillite . ولكل من الحالتين أحكام خاصة لا محل لبحثها هنا .

وقد تكون ذمة الشخص المالية خالية ، أى ليس فيها حقوق ولا تكليفات . فالذمة المالية ليس معناها الغنى .

وعند وفاة الشخص تتحدد ذمته المالية ، فلا تزيد ولا تنقص ، وتنتقل الى الورثة والمستحقين .

وانتقال الذمة الى الورثة والمستحقين اما أن يكون بمقتضى القانون ، ويسمى ذلك بالميراث الشرعى succession ab intestat ou légitime ، أو بمقتضى وصية testament . وفى الحالة الأولى تقسم التركة بالطريقة التى رسمها القانون . وفى الحالة الثانية يكون التقسيم على مقتضى وصية الموصى . وفى الحالتين تنتقل الى الورثة أو المستحقين الحقوق والتكليفات التى كانت للمتوفى أو عليه ، فيأخذون الحقوق ويدفعون الديون . هذا فى القانون الفرنسى . ولكن بحسب الشريعة الاسلامية لا تنتقل التركة الى الورثة الا بعد سداد الديون التى كانت على المتوفى ، فلا يدفع الورثة من أموالهم الخاصة شيئا لوفاء ديون مورثهم ، ويأخذون الأموال التى تبقى بعد دفع الديون والوصايا .

ويلاحظ أن انتقال الأموال لا يقع بين الأحياء بصفة عامة à titre universel ، بل يكون بصفة خاصة à titre particulier ، بالبيع أو الهبة مثلا ، فلا يعتبر المتصرف له ، أثناء الحياة ، خلفا عاما ayant cause à titre universel ، حتى لو شمل التصرف معظم أو كل أموال المتصرف ، كما اذا وهب

شخص كل ما يملكه .

٤ — الخصائص الأساسية للذمة المالية :

(١) لا تشمل الذمة ما ليست له قيمة مالية ، كحقوق الأسرة (مثل السلطة الأبوية puissance paternelle وسلطة الزوج puissance maritale والحقوق العامة أو السياسية ، كحق التصويت droit de vote) . فهى حقوق غير داخلة فى الذمة المالية droits extrapatrimoniaux ، وتخرج عن دائرة التعامل . ولكن الدعاوى التى تنشأ عن هذه الحقوق قبل من يعتدى عليها لها قيمة مالية ، وتحتسب فى ذمة الشخص المالية .

(٢) تكون الذمة مجموعا قانونيا واحدا une universalité juridique (universum jus) مستقلا عن العناصر التى تتألف منها [١] . فهناك أشخاص لا مال لهم ، ومع ذلك لهم ذمة مالية ، لأن لكل شخص ذمة مالية [٢] ، وتكون للانسان بمجرد ولادته [٣] . فالذمة المالية هى فكرة تصورية .

---

(١) فتختلف بذلك عن المجموعات المادية Universalité de fait (universum corpus) التى تتألف من أشياء من نوع واحد ، كالمكتبات التى تتكون من عدد من الكتب ، وكالقطعان التى تتكون من عدد من رؤوس الماشية .

(٢) بل انها تكون للحمل l'enfant simplement conçu (جوسران ١ نبذة ٦٤٩).

(٣) وأهمية جعل ذمة مالية لكل شخص تظهر فى اعتبار القانون أموال المدين الحاضرة والمستقبلة ضمانا عاما لحقوق دائنيه . فبمقتضى ما للدائنين من الحق المذكور على أموال مدينهم يكون لهم أن يحجزوها ، وكل الدائنين سواء فى هذا الحق المشترك ، الا اذا كان لبعضهم ضمان خاص ، فتكون الأولوية لمن له هذا الضمان الخاص . ولولا نظرية الذمة المالية لوقع حق الضمان العام le droit de gage général الذى للدائنين على أموال المدين نفسها ، فتبقى مثقلة بهذا الحق لحين انقضاء الدين ، وهذا مركز ثقيل الاحتمال بالنسبة للمدين ، ويعيق تداول الأموال المثقلة بحقوق الدائنين . ولكن يتقى هذا الخطر بموجب فكرة الذمة المالية ، اذ بمقتضاها لا تصير أموال المدين نفسها ضمانا للدائنين ، وانما الذمة المالية هى التى تتحمل بالضمان ، فيقع الضمان العام على مجموع الأموال ، من غير أن يستقر على أحدها . وهو وان كان يخول الدائنين توقيع الحجوز ، غير أنه الى الوقت الذى تقع فيه تكون أموال المدين خالصة من كل مانع ويستطيع التصرف فيها ، ويحتج بتصرفاته على دائنيه ، الا اذا كان وقع منه غش fraude ، وبذلك تصان مصالح المدين ودائنيه .

(٣) الذمة المالية مرتبطة بالشخصية le patrimoine est un attribut de la personnalité . ولكن هذه الخاصية غير متفق عليها . وينبنى عليها أن لكل شخص ذمة مالية . والشخص وحده هو الذى تكون له ذمة مالية ، سواء أكان انسانا ، أم شخصا اعتباريا . ولا يكون للشخص الا ذمة واحدة . والذمة لا يمكن التصرف فيها inaliénable ، فلا يمكن التنازل عنها أو بيعها ، كما لا يمكن الانسان أن يبيع حالته المدنية état ، أو أهليته capacité ، أو أن يتنازل عنهما .

الباب الأول

فى أنواع الأموال

٥ — تنقسم الأموال الى عدة أقسام ، وقد نص القانون على بعضها صراحة ، وأشار الى بعضها دلالة ، وسكت عن البعض الآخر . وسنبين أولا الأنواع التي جاءت فى القانون . ثم نتبعها بالأنواع التى لم تذكر فيه .

أنواع الأموال المذكورة فى القانون

٦ — قسم القانون الأموال الى الأنواع الآتية :

(١) ثابتة ومنقولة .

(٢) مملوكة وموقوفة ومباحة .

(٣) خاصة وعامة .

(١) تقسيم الأموال الى ثابتة ومنقولة

٧ — تنقسم الأموال ، بحسب طبيعتها ، الى ثابتة ومنقولة . وقد نصت المادة ٥١٦/١٥/١ على هذا التقسيم ، حيث قالت : « تنقسم الأموال الى منقولة وثابتة Les biens sont meubles ou immeubles » .

وعرفت المادة ٥١٧/١٦/٢ الأموال الثابتة بقولها : « الأموال الثابتة هى الحائزة لصفة الاستقرار ، سواء كان ذلك من أصل خلقتها أو بصنع صانع ، بحيث لا يمكن نقلها بدون أن يعتريها خلل أو تلف ، وكذلك الحقوق العينية المتعلقة بتلك الأموال » .

وعرفت المادة ٥٢٧/١٧/٣ الأموال المنقولة بقولها : « ما عدا ذلك من الأموال يعد منقولا » .

وزادت المادة ٥٢٤/١٨/٤ : « الا أن آلات الزراعة والماشية اللازمة لها متى

كانت ملكا لصاحب الأرض ، وكذلك آلات المعامل ومهماتها اذا كانت ملكا لمالك تلك المعامل ، تعتبر أموالا ثابتة ، بمعنى أنه لا يسوغ الحجز عليها منفردة عن العقار المتعلقة به » .

فالمادة ١٨/٤ استثناء من القاعدة الموضوعة فى المادتين ١٦/٢ ، و١٧/٣ ، والأموال الواردة فيها منقولة بطبيعتها ، ولكن القانون أراد اعتبارها ثابتة اذا توافرت الشروط المبينة فيها .

وسنفصل كل ما تقدم فيما يلى ، بعد أن نذكر أهمية التفريق بين الأموال الثابتة والأموال المنقولة .

ويسمى أيضا المال الثابت عقارا .

أهمية تقسيم الأموال الى ثابتة ومنقولة

أولا — من وجهة القانون المدنى

٨ — (١) **من حيث وضع اليد** Possession — فان دعاوى وضع اليد ، وهى : (ا) دعوى منع التعرض Complainte ، (ب) دعوى استرداد الحيازة Réintégrande ، (ج) دعوى وقف العمل الجديد Dénonciation de nouvelle œuvre ، خاصة بالعقارات ، وأما المنقولات فلا تكون محلا لهذه الدعاوى .

٩ — (٢) **من حيث نقل الملكية** — فان نقل ملكية الأموال الثابتة بين الأحياء ، سواء أبالنسبة للمتعاقدين أم بالنسبة للغير ، لا يتم الا بالتسجيل (القانون رقم ١٨/١٩ لسنة ١٩٢٣) .

أما الأموال المنقولة فان ملكيتها تنتقل بين المتعاقدين من غير تسجيل ، وكذلك بالنسبة للغير اذا حصل تسليمها بالكيفية المبينة فى القانون .

١٠ — (٣) **من حيث التقادم المكسب** — فانه فى القانون المصرى بالنسبة للأموال الثابتة خمس سنين ، اذا كان وضع اليد حاصلا بصفة مالك

بسبب صحيح وبحسن نية ، وخمس عشرة سنة فى غير هذه الحالة ، كما هو مقرر المادة فى ١٠٢/٧٦ .

أما فى الأموال المنقولة فتنتقل الملكية فى الحال لمصلحة من وضع يده بناء على سبب صحيح وبحسن نية (الحيازة فى المنقول سند الملكية : En fait de meubles, possession vaut titre) ، وبعد مضى ثلاث سنين فى حالتى السرقة أو الضياع ، بناء على المادة ٢٢٧٩/١١٥/٨٦ ، اذ يجوز لمالك الشىء الضائع أو المسروق استرداده فى خلال الثلاث السنين ، وهى تبتدىء من وقت السرقة أو الضياع [1] .

١١ - (٤) **من حيث الرهن التأمينى** [2] (أى الرسمى Hypothèque) [3] ، **وحق الاختصاص** [4] ، **وحقوق الارتفاق** [5] — فانها لا تكون الا فى الأموال الثابتة .

١٢ — (٥) **من حيث الشفعة** Préemption [6] — وهى ، كما عرفت فى

---

(١) ويلاحظ ، كما سيجىء ، أن نص المادة ٢٢٧٩/١١٥/٨٦ لا يعمل به فيما يختص بالسارق أو بمن عثر على الشىء الضائع ، فان المالك يكون له الحق فى طلب رد ماله منهما فى بحر مدة خمس عشرة سنة ، ولكن نص المادة المذكورة خاص بالحالة التى يتصرف فيها السارق أو من عثر على المال الضائع الى آخر .

(٢) مدنى ٢١٢٧/٦٨١/٥٥٧ وما بعدها — كتابنا « التأمينات » نبذة ٢٣٨ و ٢٤٢ وما بعدها .

(٣) وكذلك بالنسبة لرهن الغاروقة ، اذ بمقتضى المادة ٥٥٣ أهلى لا تكون الغاروقة الا فى الأراضى الخراجية ، أى فى العقار . ولكن عقد الغاروقة أصبح غير مستعمل لابطال صفة موضوعه ، اذ أصبحت كل الأراضى الخراجية مملوكة لأربابها (راجع كتابنا « التأمينات » نبذة ٢٢٧ وما بعدها) .

(٤) مدنى ٢١٢٣/٧٢١/٥٩٥ وما بعدها — كتابنا « التأمينات » نبذة ٤٢٧ وما بعدها .

(٥) مدنى ٦٣٧/٥١/٣٠ .

(٦) كان منصوصا على الشفعة فى المواد ٦٨ — ٧٥ مدنى أهلى ، ٩٣ — ١٠١ مدنى —

الشريعة الغراء ، التى استمدت أحكامها منها ، حق تمليك العقار المبيع ولو جبرا على المشترى بمـا قام عليه من الثمن والمؤن [(١)] ، فهى خاصـة بالعقار ، ولا تـكون فى المنقول . وسيأتى الـكلام فيها بالتفصيل فيما بعد [(٢)] .

١٣ — (٦) من حيث نزع الملكية للمنفعة العامة — القانون الخاص بنزع الملـكية فى مصر الآن هو القانون رقم ٥ الصادر فى ٢٤ ابريل سنة ١٩٠٧ بالنسبة للمحاكم الأهلية ، وبالنسبة للقضاء المختلط القانون رقم ٢٧ الصادر فى ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٠٦ ، وهو مثل القانون رقم ٥ لسنة ١٩٠٧ السارى على الوطنيين . ويؤخذ من القانونين المذكورين أن نزع الملـكية للمنافع العامة لا يكون الا فى العقارات ، كما سيجىء [(٣)] .

١٤ — (٧) دعوى تكملة ثمن المبيع بسبب الغبن الفاحش Action — en supplément du prix de la vente pour cause de lésion

تمنح هذه الدعوى للبائع فى حالة بيع العقار فقط ، اذا كان هناك غبن فاحش زائد على خمس ثمن العقار المبيع ، وكان البائع قاصرا (مدنى ٣٣٦/٤١٩) . وهذه

=مختلط ، غير أن الشارع سن قانونا خاصا سد فيه النقص الذى ظهر عند العمل بالمواد المذكورة ، وهذا القانون صدر به الأمر العالى فى ٢٦ مارس ١٩٠٠ بالنسبة للقضاء المختلط ، وفى ٢٣ مارس سنة ١٩٠١ بالنسبة للقضاء الأهلى ، كما سنوضحه فيما بعد .

(١) مرشد الحيران المادة ٩٥ .

(٢) أورد القانون المدنى بعض حقوق تشبه حق الشفعة ، وتسمى حقوق الاسـترداد Rétraits ، وهى تنطبق على العقار وعلى المنقول (مدنى ٤٢١/٣٣٨ ، ٤٤٢/٣٥٤ ، ٥٦١/٤٦٢) ، ولـكن هذه الحقوق ليست حقوق شفعة بالمعنى الحقيقى ، وقد قررها القانون المصرى نقلا عن القانون الفرنسى ، وأما الشفعة فأصلها الشريعة الاسلامية كما تقدم .

(٣) ويلاحظ ما جاء فى المادة ١١ من القانون رقم ١٤ لسنة ١٩١٢ بخصوص الآثار ، فان هذه المادة تجيز لمصلحة الآثار أخذ الآثار التى تريد حجزها ممن اكتشفها ، على أن تعطيه القيمة التى تقدر بالـكيفية الموضحة فى المادة المذكورة . فهذا حق يشبه حق الشفعة ، ولـكنه خاص بمنقول . والأصح أن تعتبر هذه الحالة نزع ملـكية منقول للمنفعة العامة ، لأنه بمقتضى المادة السابعة من القانون المذكور تعتبر الآثار التى تحتفظ بها مصلحة الآثار فى متاحفها من أملاك الحـكومة العامة ، وهذا استثناء لقاعدة أن نزع الملـكية للمنافع العامة مقصور على العقارات .

الدعوى يسقط الحق فى اقامتها بعد بلوغ البائع سن الرشد أو وفاته بسنتين (مدنى ٣٣٧/٤٢٠) [١].

وهى لا تمنح للبائع القاصر فى حالة بيع المنقول [٢].

١٥ — (٨) من حيث تصرفات الأوصياء والقامة — فقد جاء فى المادة ٢١ من المرسوم الصادر فى ١٣ أكتوبر سنة ١٩٢٥ بالقانون الخاص بترتيب المجالس الحسبية أنه يجب على الأوصياء والقامة ووكلاء الغائبين أن يحصلوا على اذن المجلس الحسبى لمباشرة شراء عقارات القصر ومن فى حكمهم أو بيعها أو استبدالها أو ترتيب حقوق عينية عليها [٣].

١٦ — (٩) من حيث الوقف — فانه وان كان يصح فى العقار وفى المنقول على السواء ، فانه يجب عمل التفريق الآتى ، وهو أنه اذا كان المال عقارا صح وقفه مطلقا ، أما اذا كان منقولا : فان كان تابعا للعقار صح وقفه مطلقا أيضا ، وان كان وقفه مستقلا فلا يصح الا اذا جرى العرف بوقفه .

ثانيا — من وجهة قانون المرافعات

١٧ — (١٠) من حيث الاختصاص — فان اختصاص المحاكم يختلف

---

(١) وقضت المحاكم بأنه يجب أن يكون مثل المحجور عليه كمثل القاصر فيما يتعلق بدعوى طلب تكملة الثمن بسبب الغبن الفاحش ، فيكون له الحق فى رفعها اذا توافرت شروطها ، ويسقط حقه فيها بمضى سنتين من تاريخ رفع الحجر .

(٢) هذا فى القانون المصرى . أما فى القانون الفرنسى فلا توجد هذه الدعوى ، ولكن المادة ١٦٧٤ تمنح البائع المغبون غبنا فاحشا الحق فى طلب فسخ البيع Réscision de la vente ، اذا كان الغبن أكثر من سبعة أجزاء من اثنى عشر جزءا من الثمن الحقيقى ، حتى لو كان قد تنازل صراحة فى العقد عن حق طلب الفسخ وصرح بتنازله عن فرق الغبن المذكور . ودعوى الفسخ لا تكون ، كما هى الحال بالنسبة لدعوى تكملة الثمن فى القانون المصرى ، الا فى حالة بيع العقار ، فلا تكون فى حالة بيع المنقول .

(٣) وقد صدرت أحكام وقرارات عديدة من المحاكم ومن المجلس الحسبى العالى بأنه اذا عرض الوصى على المجلس الحسبى بيع عقار القاصر فيجب على المجلس أن ينظر فيما اذا كان هناك مسوغ للبيع أو لا ، ولا يصرح بالبيع الا اذا وجد مسوغ وفقا للمادة ٤٥٠ من قانون الأحوال الشخصية .

باختلاف كون موضوع النزاع متعلقا بعقار أو بمنقول ، فترفع الدعوى فى المواد المختصة بالأموال الثابتة أمام المحكمة التى فى دائرتها العقار ، خلافا للمنقولات فان المحكمة التى فى دائرتها محل المدعى عليه هى المختصة Actor sequitur forum rei .

١٨ — (١١) **من حيث التنفيذ على أموال المدين** — فان العقار له اجراءات أطول وأكثر تعقيدا ومصاريف من المنقول .

ثالثا — من وجهة القانون الدولى

١٩ — (١٢) **من حيث حقوق الأجانب** — فانه لم يكن دائما مأذونا للأجانب بامتلاك الأموال العقارية ، ولم ترفع القيود فى أغلب الممالك الا من عهد قريب . ففى فرنسا لم ترفع الا من وقت الثورة . وفى انجلترا من سنة ١٨٧٠ . وفى الدولة العلية من سنة ١٨٦٧ بمقتضى قانون ٧ صفر سنة ١٢٨٤ (١٠ يونيه سنة ١٨٦٧ [١]) .

أما فى مصر فمن ابتداء حكم محمد على ، أى قبل صدور القانون العثمانى المذكور ، كان للأجانب الحرية المطلقة فى تملك العقارات ، وكانت حقوقهم يمكن تقريرها حتى بالنسبة للغير بعقود رسمية يحررونها فى قنصلياتهم أو بعقود عرفية من غير أن تكون هناك حاجة لعمل حجة .

٢٠ — (١٣) **من حيث تطبيق القوانين** — فالقاعدة أنه فى مسائل العقارات يطبق القانون الجارى فى البلد الذى به موقع العقار Lex loci — rei sitæ ، خلافا للمنقولات فان قانون البلد الذى يقيم فيه مالك المنقول

---

(١) وجاء فى هذا القانون : « قد رخص للأجانب بأن يتمتعوا بحقوق ملكية العقارات فى داخل المدن وخارجها بكافة أراضى الممالك العثمانية ، ما عدا اقليم الحجاز ، أسوة برعايا الدولة وبدون شرط آخر ، وعليهم الانقياد للقوانين واللوائح الجارية فى حق الرعايا العثمانيين أنفسهم كما سيذكر بعد ، أما من كان فى الأصل من تبعة الدولة العلية ، ثم بدل تابعيته ، فهو مستثنى من هذه القاعدة ، ويجرى فى حقه قانون مخصوص » .

Lex domicilii هو الذى يطبق .

رابعا — من وجهة القانون المالى

٢١ — (١٤) من حيث الضرائب — فهى ليست على حد سواء بالنسبة للعقار والمنقول ، والأصل أن الضرائب على العقارات مقررة وعلى المنقولات غير مقررة .

٢٢ — (١٥) من حيث الرسوم القضائية — فانها على العموم أقل بالنسبة للمنقول .

خامسا — من وجهة القانون الجنائى

٢٣ — (١٦) — تجد فى قانون العقوبات من الجرائم الواقعة على الأموال ما لا يمكن أن ترتكب الا على المنقولات ، كالسرقة (المادة ٢٦٨ وما بعدها) ، وخيانة الأمانة (٢٩٦) ، والنصب (٢٩٣) ، والاغتصاب (٢٨٢) ، واتلاف المنقولات (٣٤٢) ، وغير ذلك ، كما تجد أنه نص على جرائم لا تتوافر الا اذا وقعت على عقار ، كاحراق أو تخريب مبانى الحكومة (٨١ معدلة بالقانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٢٣) ، وانتهاك حرمة ملك الغير (٣٢٣ وما بعدها) ، وغير ذلك .

سادسا — من وجهة القانون التجارى

٢٤ — (١٧) — بمقتضى المادة الثانية من القانون التجارى لا تعتبر الأعمال المتعلقة بالعقارات أعمالا تجارية ، والأصل أن الأعمال المتعلقة بالمنقولات هى التى تعتبر تجارية .

الأموال الثابتة

Les Immeubles

٢٥ — تعريفها — عرفت المادة ٢/١٦/٥١٧ الأموال الثابتة بقولها :

« الأموال الثابتة هي الحائزة لصفة الاستقرار سواء كان ذلك من أصل خلقتها أو بصنع صانع بحيث لا يمكن نقلها بدون أن يعتريها خلل أو تلف ، وكذلك الحقوق العينية المتعلقة بتلك الأموال » .

«Sont immeubles, les biens qui ont reçu, de la nature ou de la main des hommes, une assiette fixe et immobile, et ne peuvent se transporter sans rupture ou détérioration, et tous les droits réels sur ces biens».

وقد ألحقت بها المادة ١٨/٤ بعض المنقولات ، اذ اعتبرتها ثابتة أيضا اذا توافرت فيها بعض الشروط كما سيجيء .

٢٦ — أنواعها — الأموال الثابتة أنواع ، كما هو ظاهر من نص المادتين ١٦/٢ ، ١٨/٤ المتقدمتين ، فهى تشمل :

(ا) الأموال الثابتة بطبيعتها ، وهى الحائزة لصفة الاستقرار .

(ب) الأموال الثابتة بالنسبة للشيء المتعلقة به ، وهى الحقوق المتعلقة بالأموال الثابتة بطبيعتها .

(ج) المنقولات الملحقة بالأموال الثابتة والمعتبرة ثابتة من حيث عدم جواز الحجز عليها منفردة ، أو الأموال الثابتة بطريق التخصيص كما تسمى عادة [١] .

وهناك نوع رابع لا يوجد فى القانون المصرى ، و يسميه الشراح الفرنسيون « الأموال الثابتــة باقرار المــالك Immeubles par la déclaration du propriétaire » .

(ا) الأموال الثابتة بطبيعتها

Immeubles par leur nature

٢٧ — فى الشريعة الاسلامية — المال الثابت ، أو العقار ، فى الشريعة هو « كل ما له أصل ثابت لا يمكن نقله وتحويله » [٢] ، أو « ما لا يمكن نقله

---

(١) وقد ذكر القانون الفرنسى هذه الأنواع أيضا فى المادة ٥١٧ .

(٢) مرشد الحيران المادة ٢ .

من محل الى آخر » [١] . والأبنية والأشجار أموال ثابتة اذا كانت مع الأرض التى بنيت أو غرست فيها ، ولكن اذا كانت منفردة عن الأرض ، بأن كانت قائمة فى أرض مملوكة أو موقوفة ، فانها تكون منقولة [٢] .

٢٨ — فى القانون الفرنسى — اعتبر القانون الفرنسى من الأموال الثابتة بطبيعتها : (١) الأراضى ، (٢) النباتات المتصلة بالأراضى ، (٣) الأبنية (المادة ٥١٨ وما بعدها) .

٢٩ — فى القانون المصرى — قسمت المادة ٢/١٦ من القانون المصرى الأموال الثابتة بطبيعتها الى قسمين :

(١) الأموال الحائزة لصفة الاستقرار من أصل خلقتها de la nature ، مثل الأراضى والبرك والمستنقعات والمناجم والمحاجر .

(٢) الأموال التى حازت صفة الاستقرار بصنع صانع ، مثل القناطر والكبارى والسواق والطواحين والأبنية والأنابيب والأشجار وكل مال حاز صفة الاستقرار بصنع الانسان بحيث لا يمكن نقله من مكانه بدون كسر أو تلف .

وليس لهذه التفرقة من فائدة عملية . وربما كان قصد الشارع المصرى الاشارة الى نصوص القانون الفرنسى (المادة ٥١٨ وما بعدها) التى تكلمت فى الأراضى — وهى أموال ثابتة من أصل خلقتها — والنباتات والأبنية — وهى أموال حازت صفة الاستقرار بصنع صانع — أو ربما كان غرضه النص على أن الأموال الثابتة ليست مقصورة على الأموال التى حازت صفة الاستقرار من أصل خلقتها ، بل تشمل أيضا الأموال التى حازت صفة الاستقرار بصنع صانع ، والمعتبرة أموالا منقولة بمقتضى أحكام الشريعة الاسلامية .

---

(١) المجلة المادة ١٢٩ .

(٢) مرشد الحيران المادة ٣ .

الأراضى (١) Terrains

٣٠ — الأراضي أموال ثابتة بطبيعتها ، سواء أكانت فى المدن urbains أم خارجها ruraux .

وتشمل الأراضى كل ما تحت سطحها ، كالمعادن وسائر الطبقات ، وما علاها ، كالأشجار والمبانى كما سترى .

٣١ — **المناجم** — تعتبر المناجم فى فرنسا عقارات بطبيعتها ، ومعداتها معتبرة عقارات بالتخصيص (٢) . ولا يوجد فى مصر قانون خاص بالمناجم . ولكن القانون العثمانى الصادر فى ١٦ ابريل سنة ١٨٦٩ (٤ المحرم ١٢٨٢) يقضى بعدم جواز حفر المناجم الا بمقتضى تصريح ، وقد نص على أن الخيول والآلات والمبانى المستعملة فى المناجم تعتبر عقارات ، و بذلك يكون اعتبار المناجم عقارات من باب أولى . فتكون الخيول والآلات المستعملة فيها عقارات بالتخصيص ، أما المناجم نفسها فتكون عقارات بطبيعتها .

وقد قضت المحكمة المختلطة بأن المناجم mines, minières والمحاجر carrières تعتبر أموالا ثابتة بطبيعتها (٣) .

ومتى تقرر ذلك فيكون لصاحب المنجم أن يبيعه أو يرهنه مستقلا عن الأرض التى يوجد المنجم فى جوفها .

٣٢ — **الكنوز والآثار** — لا تعتبر الكنوز والآثار أموالا ثابتة ، لأنها ليست جزءا من الأرض ولا ثمرة لها متصلة بها ، بل هى منقولات مخبأة فيها . وقد نص القانون المصرى على أحكام الكنوز فى المادة ٧١٦/٨١/٥٨ ، ونص

---

(١) قد استعمل القانون الفرنسى ، للتعبير عن الأراضى ، فى المادة ٥١٨ ، عبارة Fonds de terre ، وفى مواد أخرى عبر عنها بلفظ Fonds فقط (مدنى فرنسى ٥٢٢ ، ٥٢٤ ، ٦٤٠ ، ٦٤١ الخ) .

(٢) قانون ٢١ أبريل ١٨١٠ « دالوز » مناجم ٨٧ .

(٣) استئناف مختلط ١٤ يونيه ١٩١١ (٢٣ ص ٣٦٣) .

على أحكام الآثار فى القانون رقم ١٤ لسنة ١٩١٢ ، وسيجىء الكلام فى ذلك .

وقد يكون الأثر عقارا اذا كان بناء مثبتا فى الأرض (المواد ٢ ، ٣ ، ٥ ، ٨ من القانون رقم ١٤ لسنة ١٩١٢ المذكور) . وقد اعتبر القانون رقم ١٤ لسنة ١٩١٢ الآثار المنقولة المثبتة فى الأرض أو التى يصعب نقلها كآثار عقارية (المادة ٥) .

٣٣ — الأجزاء المفصولة من الأرض — الأجزاء التى تنزع من الأرض تصير منقولة ، كما هى الحال بالنسبة لما يستخرج من المناجم والمحاجر .

النباتات Végétaux

٣٤ — كل ما ينبت على سطح الأرض يعتبر ثابتا ، ما دام متصلا به ، سواء أبالنسبة للنباتات الصغيرة أم الأشجار الكبيرة أم الثمار .

ويشترط فى النباتات المعتبرة ثابتة أن تمتد جذورها فى الأرض ، فلا تعتبر ثابتة النباتات التى تنمو فى الأوعية أو « القصارى » وما ماثلها ، حتى لو دفنت الأوعية فى الأرض[1] .

ولا تهم قيمة النبات ، فأصغر نبات يعتبر عقارا بطبيعته كأكبر شجرة .

ولا يهم ان كان الذى يغرس النبات هو مالك الأرض أو المستأجر أو الزارع .

ويعتبر النبات عقارا بطبيعته وان كان زرعه فى الأرض مؤقتا . فأشجار المشاتل ثابتة وان كانت معدة لأن تنقل .

٣٥ — حكم النباتات بعد قطعها — متى قطعت النباتات أو الثمار فانها تصير من المنقولات ، حتى لو بقيت بعد قطعها فى المحل الذى فصلت منه . ولا يهم ان كان القطع أو الفصل حصل بفعل فاعل ، سواء أكان المالك أم غيره ، أو حصل بقوة قاهرة ، كما اذا سقطت بسبب الهواء أو بسبب نضجها .

---

(١) كذلك فانها لا تعتبر عقارات بالتخصيص اذا وضعت بمعرفة المالك ، لأنها ليست مخصصة لخدمة الأرض أو استغلالها . راجع ماسيجىء نبذة ٥٠ وما بعدها .

الأبنية Edifices

٣٦ — لا تشمل الأبنية المبانى بمعناها الأصلى فحسب ، مثل دور السكنى والحوانيت والمخازن والمعامل والعنابر والحواصل ، بل تشمل أيضا الانشاءات الفنية بأنواعها ، مثل الخزانات والقناطر والآبار والأفران والجسور والأنفاق .

ويمكن تعريف البناء بأنه تجميع المواد التى ثبتت ، سواء أعلى سطح الأرض أم فى داخلها ، بحيث لا يمكن نقلها بغير كسر أو تلف .

وتعتبر الأبنية ثابتة كيفما كان الشخص الذى يقيمها ، سواء أكان مالك الأرض أم غيره ، كصاحب حق الانتفاع أو المستأجر[1] . أما بحث موضوع الملكية ، ولمن يكون البناء ، فهذا موضوع آخر سنتكلم فيه فيما بعد ، ولا دخل له فى طبيعة البناء[2] .

ولا تهم قيمة الأبنية ، فأقل بناء كأكبر بناء ، يعتبر عقارا بطبيعته .

ولا يشترط لاعتبار البناء ثابتا أن تكون اقامته مؤبدة ، بل يعتبر ثابتا وان كان البناء معدا لأن يبقى مدة قصيرة ، مثل الأبنية التى تقام للمعارض ونحوها ، فانها تبنى على أن تزال بعد انتهاء المعرض ، أى بعد أشهر أو أسابيع . وقيل بعكس ذلك انه يجب أن يكون البناء قد عمل على أن يبقى مستمرا ، أى أن يكون حائزا لصفة الاستقرار الدائمة .

وخيام البدو الرحل ونحوهم وأكواخهم ، التى ينقلونها من موضع لآخر ، لا تعتبر ثابتة ، بل منقولة . وكذلك الحوانيت والمبانى التى تقام مدة الأعياد والموالد اذا لم تثبت بالأرض .

٣٧ — **أجزاء البناء** — تشمل صفة الأموال الثابتة بطبيعتها جميع أجزاء البناء ، مثل الشرفات والميازيب والصاعد[3] . ومن رأى بعض الشراح اعتبارها عقارات بالتخصيص .

---

(١) خلافا لحالة العقار بالتخصيص كما سيجىء . راجع نبذة ٤٨ ونبذة ٦٠ .
(٢) راجع كتابنا « التأمينات » نبذه ٢٧١ .
(٣) راجع ما سيجىء نبذة ٥٥ .

٣٨ — **الأبنية المهدومة وأدوات البناء** — تعتبر الأبنية ثابتة ما دامت قائمة . ولكن اذا هدم البناء أو سقط فان المواد الناتجة من الهدم تعتبر منقولة ، كما كانت قبل أن تكون البناء[1] .

(ب) الأموال الثابتة بالنسبة للشيء المتعلقة به

Immeubles par l'objet auquel ils s'appliquent

٣٩ — هذه الأموال يقال لها أيضا الأموال الثابتة المعنوية أو غير المادية Immeubles incorporels ، أو الحقوق العقارية بحسب موضوعها Droits immobiliers par leur objet .

وقد ذكرتها المادة ٢/١٦ من المجموعة المدنية ، اذ اعتبرت من الأموال الثابتة الحقوق العينية المتعلقة بها ، أى بالأموال الثابتة . غير أنه يلاحظ أن المادة لم تذكر الا الحقوق العينية المتعلقة بالأموال الثابتة ، ولم تذكر الحقوق الشخصية ، مع أن بعضها قد يكون ثابتا أيضا كما سيجيء . فالنص والحالة هذه ناقص .

مثالها : حق الملكية فى العقار (وان كان حق الملكية أصبح فى العرف لا يمكن فصله عن موضوعه ، حتى قيل بأنه يعتبر مالا ماديا[2]) ، والرهن التأمينى أو الرسمى ، وحق الامتياز العقارى ، وحقوق الارتفاق ، وحق الاستعمال العقارى ، وحق السكنى .

والقاعدة أنه اذا كان الحق عينيا فانه يكون عقاريا اذا كان موضوعه عقارا بطبيعته[3] ، ومنقولا اذا كان موضوعه منقولا . فحق الملكية يكون عقاريا اذا كان موضوعه عقارا ، ويكون منقولا اذا تعلق بمنقول . ورهن الحيازة ، وحق

---

(١) راجع المادة ٥٣٢ فرنسى .

(٢) راجع نبذة ١٢٢ .

(٣) أو بطريق التخصيص فى القانون الفرنسى ، اذ أن له حكم العقار بطبيعته . أما فى القانون المصرى فالمال الثابت بالتخصيص له حكم العقار من حيث انه لا يجوز الحجز عليه منفردا عن العقار المتعلق به ، وفيما عدا ذلك حكمه حكم المنقول .

الامتياز ، وحق الانتفاع ، وحق الاستعمال[١] يكون كل منها عقاريا أو منقولا تبعا لموضوعه .

و بعض الحقوق العينية تـكون دائما عقارية ، لأنها لا تـكون الا على عقـارات ، وهى حقوق الارتفاق ، وحق السكنى[٢] ، والرهن التـأمينى[٣] ، وحق الاختصاص .

واذا كان الحق شخصيا فاما أن يكون التزاما باعطاء شيء obligation de donner ، أو التزاما بعمل شيء obligation de faire ، أو التزاما بالامتناع عن عمل شيء obligation de ne pas faire . فان كان الالتزام باعطاء شيء ، أى كان الواجب عبـارة عن تسليم شيء أو نقل ملـكية شيء ، فيكون الحق عقاريا أو منقولا بحسب طبيعة الشيء المطلوب تسليمه . فالالتزام بتسليم مبلغ من النقود يعتبر منقولا . أما الالتزامات التى تقضى بعمل شيء أو بالامتناع عن عمل شيء فهى دائما من المنقولات ، وان كانت متعلقة بعقارات ، لأن محلها عمل من الأعمال ، وفى حالة عدم القيام بالواجب فيها تستحيل الى دفع تعويضات من النقود ، وهى من المنقولات . وقد كان من رأى بعض الشراح أن الالتزام بعمل شيء قد يكون عقاريا ، كالتزام مقاول أو مهندس ببناء منزل . ولـكن هذا الرأى غير مؤيد اليوم .

---

(١) جاء خطأ فى پلانيول (نبذه ٢٢٣١) ، وفى پلانيول وريبير وپيكار (نبذة ٩٣) ، وفى أوبرى ورو (٢ نبذة ١٦٥ نوتة ٣ ص ٣) أن حق الاستعمال يكون دائما عقاريا . فحق الاستعمال نوع من حق الانتفاع كما سيجيء ، ويكون منقولا أو عقاريا تبعا لموضوعه (ديمولومب ٩ نبذة ٢٣٥ — بودرى لاكنترى وشوفو نبذة ١٠٤ — لوران نبذة ٤٨٥) — قارن مع ذلك پلانيول وريبير وپيكار نبذة ٨٨١ .

(٢) حق السكنى المعروف هو حق السكنى فى منزل . أما السكنى فى « عوامة » أو سفينة مثلا فحق موضوعه منقول .

(٣) الرهن التأمينى فى بعض القوانين ، كالقانون الفرنسى ، قد يكون موضوعه منقولات ، كالسفن (راجع كتابنا « التأمينات » نبذة ٢٥٤) .

وتعتبر من العقارات الدعاوى التى يكون موضوعها عقارات[١] .

(ج) الأموال الثابتة بطريق التخصيص

Immeubles par destination

٤٠ — الأموال الثابتة بطريق التخصيص ، أو بالنسبة للغرض الذى وضعت من أجله ، هى أموال منقولة بطبيعتها ، ولكنها معتبرة ثابتة بطريق التبعية للمال الثابت بطبيعته الذى تلحق به ، فتختلف عن الأموال الثابتة بطبيعتها فى أن جعلها ثابتة لم يكن حقيقيا ، بل حكميا ، جاء من طريق القانون بطريقة اعتبارية .

وفكرة المال الثابت بالتخصيص جاءت من طريق القانون الرومانى ، اذ كان العقار المبيع أو الموصى به يشمل بعض توابع العقار ، واكتفى فقهاء الرومان بالبحث عن الملحقات التى تدخل فى المبيع أو الموصى به ، ولم يبحثوا عما اذا كانت الأشياء الملحقة بالعقار تعتبر ثابتة . وأدخلت فكرة المال الثابت بالتخصيص فى القانون الفرنسى القديم ، ووضعت تفاصيله فى القانون الفرنسى ، ومنها استمد الشارع المصرى أحكام المادة ٤ / ١٨ من المجموعة المدنية .

---

(١) مثل : دعوى الاستحقاق Action en revendication .

والدعوى التى يرفعها صاحب حق الانتفاع أو حق الارتفاق للمطالبة بحقه action confessoire.

ودعوى الفسخ action en résolution اذا لم يقم المشترى بدفع ثمن العقار المبيع .

ودعوى الفسخ action en réscision بسبب الغبن فى القانون الفرنسى . أما فى القانون المصرى فالدعوى المقابلة هى دعوى تكملة الثمن كما تقدم (نبذة ١٤) ، وهى دعوى منقولة ، لأن موضوعها منقول ، وهو فرق الثمن .

ودعوى البطلان action en nullité بسبب نقصان الأهلية أو الغلط أو الاكراه أو الغش.

ودعوى الالغاء action en revocation اذا لم يقم الموهوب له بتنفيذ شروط الهبة .

ودعوى استرداد العقار المبيع وفاء action en réméré .

راجع المادة ٥٢٦ فرنسى .

٤١ — المادة ٤/١٨ — نصت المادة ٤/١٨ مدنى على الأموال الثابتة بطريق التخصيص بقولها :

« الا أن آلات الزراعة والماشية اللازمة لها متى كانت ملكا لصاحب الأرض وكذلك آلات المعامل ومهماتها اذا كانت ملكا لمالك تلك المعامل تعتبر أموالا ثابتة بمعنى انه لا يسوغ الحجز عليها منفردة عن العقار المتعلقة به » .

« Néanmoins, sont considérés comme immeubles, en ce sens qu'ils ne peuvent être saisis séparément des immeubles dont ils dépendent, les ustensiles d'agriculture et troupeaux nécessaires à la culture, quand ils appartiennent aux propriétaires du terrain, et les ustensiles et approvisionnements des usines, quand ils appartiennent au propriétaire de ces usines ».

فالمنقولات الملحقة بالأموال الثابتة والمعتبرة عقارات بالتخصيص بمقتضى المادة ٤/١٨ نوعان :

(١) آلات الزراعة والماشية اللازمة لها .

(٢) آلات المعامل ومهماتها .

٤٢ — (١) آلات الزراعة والماشية اللازمة لها :

مثال الآلات الزراعيـة : المحاريث والقصاصيب والجرافات والنوارج والآلات المتحركة locomobiles والدراسات والماكينات وعربات النقل ، وعلى العموم كل ما يستعمل لانتاج المحصول وحفظ ثمار العقار . فالآلة التى توضع على بئر ارتوازية وتخصص لرى الأرض تعتبر عقارا بالتخصيص .

ومثال الماشية : الخيل والبقر والبغال والحمير اللازمة لفلاحة الأرض وسائر دواب الحمل والجر والنقل .

والماشـية اسم جنس تطلق على الواحدة والأكثر ، وان كانت النسخة الفرنسية استعملت لفظ « troupeaux » الذى قد يشعر أنه لا ينطبق على الواحدة من الحيوانات ، كما أن القانون الفرنسى قد استعمل لفظ « animaux » .

ويشترط لاعتبار الآلات الزراعية والماشية ثابتة شروط ، وهى :

(١) أن توضع الآلات الزراعية والماشية فى الأرض .

(٢) أن تكون مملوكة لنفس مالك الأرض الموضوعة عليها . فاذا كانت مملوكة للمستأجر فانها تعتبر منقولة .

(٣) أن توضع بمعرفة المالك . وتبقى ثابتة سواء أكان المالك هو الذى يزرع الأرض أم غيره .

(٤) أن توضع لخدمة الأرض أو استغلالها ، والا فلا تعتبر ثابتة بطريق التخصيص . فالماشية المعدة لركوب المالك ، وكذلك الماشية المعدة للاتجار بها ، كالحيوانات التى تعلف بقصد بيعها للقصابين ، وكالدجاج والأرانب ، لا تعتبر ثابتة ، بخلاف الحيوانات التى توضع فى الأرض بقصد تسبيخها بالسماد الناتج من وجودها فيها فانها ثابتة بالتخصيص .

والذى يعتبر ثابتا من الآلات الزراعية والماشية هو ما يكون على قدر حاجة الزراعة ، أما ما يزيد على حاجتها فمنقول . والعرف هو الذى يبين ذلك . وقد جرى العرف فى بعض الزراعات الواسعة على أن يكون لكل مائة فدان خمسة أزواج من البقر ومثل ذلك العدد من المحاريث . على أن هذا يختلف باختلاف الجهات [١] .

وتبقى الحيوانات والآلات ثابتة وان استعملت فى الوقت نفسه فى خدمة أخرى ، علاوة على تشغيلها فى الأرض التى وضعت لخدمتها .

٤٣ — (٢) آلات المعامل ومهماتها :

مثال آلات المعامل : المطارق والسنادين والمكابس والآلات غير المثبتة فى الأرض .

---

(١) وكما جاء فى حكم لمحكمة الاستئناف المختلطة لا يقصد من كلمة « اللازمة nécessaires » الواردة فى المادة أن يكون هناك وجوب مطلق ، ولكن يجب أن تفهم بمعنى الحاجة النسبية ، أى لايجاد زراعة موافقة (استئناف مختلط ٣ ديسمبر ١٩١٣ (٢٦ ص ٦٢) .

ومثال مهمات المعامل : الفحم والشحم والزيت والأدوات الكيميائية والخامات (لا ما تم صنعه منها) .

ويشترط لاعتبار آلات المعامل ومهماتها ثابتة شروط ، وهى :

(١) أن توضع الآلات والمهمات فى المعمل .

(٢) أن يكون المالك هو الذى وضعها . فاذا كان المستأجر هو الذى وضعها فى المعمل فلا تعتبر ثابتة . وتكون لها هذه الصفة سواء أكان المالك هو الذى يستغل المعمل أم غيره .

(٣) أن تكون الآلات والمهمات مملوكة لصاحب المعمل .

(٤) أن توضع الآلات والمهمات لاستغلال المعمل .

والذى يعتبر منها ثابتا هو ما تحتاج اليه المعامل ، أما ما يزيد على حاجتها فلا يعتبر كذلك ، بل يبقى معتبرا منقولا ، وان كان هذا الحكم لم ينص عليه صراحة ، كما نص بالنسبة لآلات الزراعة والماشية . على أن المادة ١٨/٤ استمدت أحكامها من المادة ٥٢٤ فرنسى ، ومن ضمن شروط تلك المادة هذا الشرط .

ويجب تفسير لفظ معمل « Usine » بأوسع معانيه lato sensu ، فهو يشمل كل المحال الصناعية على العموم كيفما كانت ، ولكن يجب أن يكون المحل صناعيا ، أى أن يكون هناك بناء أنشىء خصيصا أو رتب ليكون محلا صناعيا ، أى لتوضع فيه العدد والآلات . وقد حكمت بذلك محكمة الاستئناف المختلطة ، مقررة أنه يجوز أن تحجز حجزا عقاريا ، مع العقار الذى أنشىء خصيصا بقصد أن توجد فيه مطبعة حروف ومطبعة حجرية ، الآلات الموضوعة بمعرفة المالك والمخصصة لتشغيل المطبعتين المذكورتين[1] . ولكن الآلات التى يضعها الحباك مثلا فى غرفة ما لا تعتبر ثابتة بالتخصيص اذا كان يقطن نفس منزله . وكذلك كل العدد التى يحملها العامل معه .

(١) ١٨ فبراير ١٩١٥ (٢٧ ص ١٦٧) — راجع أوبرى ورو ٢ نبذة ١٦٤ نوتة ٥٨ — لوران ٥ ٤٦٥ .

٤٤ — حكم الأموال الثابتة بطريق التخصيص فى القانون المصرى — الأموال الواردة فى المادة ١٨/٤ لا تعتبر ثابتة الا فيما يختص بما هو مذكور فيها ، أى من جهة أنه لا يجوز الحجز عليها منفردة عن العقار الملحقة به ، بل يوقع الحجز عليها مع العقار حجزا عقاريا ، وفيما عدا ذلك فانها تعتبر منقولة ، وتطبق عليها القواعد الخاصة بالمنقول .

ويجوز حجز ما زاد على حاجة الأرض من الماشية والآلات ، أو على حاجة المعامل من الآلات والمهمات ، كما تقدم .

وسبب اعتبار المنقولات المذكورة فى المادة ١٨/٤ ثابتة هو مراعاة مصلحة الزراعة والمعامل ، وعدم تعطيلها بحجزها منفردة عن العقار الملحقة به ، فتبور الأرض وتتعطل المعامل لعدم استخدامها ، فأراد الشارع أن يمنع فصل المنقولات عن العقار من غير ارادة المالك ، حتى لا تضار المنفعة العامة .

وبناء على ما تقدم لا تتبع بالنسبة للأموال الثابتة بطريق التخصيص الاجراءات الخاصة بحجز الأعيان المنقولة وبيعها ، المنصوص عليها فى المادة ٤٤٠/٥٠٢/٥٨٣ مرافعات وما بعدها ، بل تتبع الاجراءات الخاصة بالتنفيذ ببيع العقار المنصوص عليها فى المادة ٥٣٧/٦٠٥/٦٧٣ مرافعات وما بعدها ، وهى طويلة وتستغرق زمنا يتمكن الزارع فى خلاله من خدمة أرضه والسعى فى وفاء دينه .

٤٥ — تفسير المادة ١٨/٤ مصرى تفسيرا واسعا — اقتصر الشارع المصرى على ذكر آلات الزراعة والماشية وأدوات المعامل ومهماتها ، ولم يذكر باقي الأشياء العديدة التى ذكرها القانون الفرنسى (مثل أوانى التقطير والتخمير ، والبذور اللازمة للزراعة ، والسباخ ، والحيوانات غير المنزلية التى تعيش على العقار بحالة حرية كحمام الأبراج وأرانب الأوكار وأسماك البرك الخ) [١] ، والتى بنيت على نفس المبدأ الذى بنيت عليه الأشياء المذكورة فى المادة ١٨/٤ .

---

(١) راجع المواد ٥٢٢ و ٥٢٤ و ٥٢٥ فرنسى ، وما سيجىء نبذة ٥٢ و ٥٣ .

وقد يمكن القول بأن المادة ١٨/٤ يجب أن تقصر على الأشياء الواردة فيها ، لأنها أتت بحكم استثنائى ، والاستثناء لا يقاس عليه ، ويجب عدم التوسع فيه ، وخصوصا ان نظرية الأموال الثابتة بطريق التخصيص منتقدة فى فرنسا[1] .

ولكنا نرى عدم الاقتصار على الحالتين المذكورتين فى المادة ، وجواز الأخذ بالمبدأ الذى قرره القانون الفرنسى ، لنفس الأسباب التى قررت من أجلها المادة ١٨/٤ الحالتين المذكورتين فيها ، فما هما الا تطبيق لقاعدة عامة أرادت المادة اثباتها ، واستمدت أحكامها من القانون الفرنسى ، اذ لا يوجد ما يؤخذ منه أن الشارع المصرى أراد مخالفة القانون الفرنسى فى هذا الخصوص .

ولم تتردد المحاكم المصرية فى تقرير نظرية الأموال الثابتة بطريق التخصيص بصفة عامة ، فقد حكمت محكمة الاستئناف المختلطة بأن خلايا النحل ، اذا كانت مملوكة لصاحب الأرض ، تعتبر أموالا ثابتة بطريق التخصيص[2] .

ومتى كان الأمر كذلك يجب بيان الشروط العامة لاعتبار المنقولات أموالا ثابتة .

الشروط العامة لاعتبار المنقول ثابتا بطريق التخصيص

٤٦ — **أربعة شروط** — لاعتبار المال ثابتا بطريق التخصيص يلزم توافر الشروط الأربعة الآتية :

(١) وضع منقول فى عقار .
(٢) أن يكون وضعه بمعرفة المالك .
(٣) أن يكون المنقول والعقار مملوكين لنفس الشخص .
(٤) أن توجد علاقة تخصيص بين المنقول والعقار .

٤٧ — **الشرط الأول** — يجب وضع منقول بطبيعته فى عقار من

---

(١) راجع ما سيجىء نبذة ٥٨ .

(٢) استئناف مختلط ٢٢ مارس ١٨٩٣ (٥ ص ٢١٥) .

الأموال الثابتة بطبيعتها ، لأنه لا يعتبر ثابتا الا بتبعيته لهذا العقار ، ولا فرق بين كون هذا العقار أرضا أو بناء .

وتزول عن المنقولات المعتبرة ثابتة بطريق التخصيص صفة المال الثابت اذا باعها المالك أو وهبها مستقلة عن العقار .

٤٨ — **الشرط الثانى** — يجب أن يكون وضع المنقول بمعرفة المالك للعقار . ولا يشترط أن يكون ذلك بمعرفة المالك نفسه ، بل يصح أن يكون بمعرفة وكيله أو ممثله . فاذا وضع الوصى أو القيم منقولات لاستغلال العقار المملوك للقاصر أو للمحجور عليه فان هذه المنقولات تصير ثابتة بطريق التخصيص .

وليس للمستأجر والزارع وصاحب حق الانتفاع والدائن المرتهن رهن حيازة أن يجعلوا المنقول ثابتا بالتخصيص ، لأن وضع المنقول بمعرفتهم لا يكون الا لمدة انتفاعهم فقط ، فيكون لمصلحتهم لا لمصلحة العقار ، ولذا فان المواشى التى يضعها الزارع على العقار المستأجر لا تصير عقارا بالتخصيص .

و يعتبر واضع اليد بصفة مالك فى حكم المالك ، سواء أكان سيء النية أم حسن النية (١) .

٤٩ — **الشرط الثالث — اتحاد المالك** — يجب أن يكون مالك العقار فى الوقت نفسه مالكا للمنقول الموضوع على العقار ، فلو وضع المالك على عقاره منقولات مسلمة اليه على سبيل الوديعة أو العارية أو رهن الحيازة فانها لا تعتبر ثابتة بالتخصيص .

وهذا الشرط صريح فى المادة ١٨/٤ مصرى التى تشترط أن تكون الآلات أو الماشية أو المهمات ملكا لصاحب الأرض أو مالك المعامل .

---

(١) ولكن فيما بين واضع اليد والمالك لا تعتبر صفة العقار بالتخصيص ، فليس للمالك الا المطالبة بالعقار ، واذا نجحت دعواه فلواضع اليد حق أخذ المنقولات التى صيرها ثابتة ، لأنه ليس للمالك الحقيقى الا العقار ، أما المنقولات فليست له ، ولذلك يأخذها صاحبها ، أى واضع اليد .

٥٠ — **الشرط الرابع** — يجب أن توجد علاقة تخصيص un rapport de destination بين المنقول والعقار ، وهذه العلاقة توجد فى القانون الفرنسى :

(ا) بتخصيص المنقول لخدمة العقار ، من غير أن يكون هناك اتصال مادى ، أو (ب) بواسطة تثبيت المنقول بصفة دائمة .

٥١ — (ا) **تخصيص المنقول لخدمة العقار** affectation du meuble au service de l'immeuble :

ذكر القانون الفرنسى فى المادة ٥٢٤ العبارة الآتيـة لتعريف الأموال التى تصير ثابتـة بطريق التخصيص ، فقال انها الأشـياء التى يضعها المالك فى أرضه لخـدمتها واسـتغلالها Les objets que le propriétaire d'un fonds y a placés pour le service et l'exploitation de ce fonds.

وقد استعمل القانون الفرنسى لفظى service ، exploitation ، وهما لفظان عامان ، و يشملان كل أنواع الخدمة والاستغلال .

ومما هو مقرر أن عبارة المادة تشمل كل أنواع الخدمة والاسـتغلال ، ومن بينها الاستغلال التجارى exploitation commerciale ، والمدنى civile .

أما فى القانون المصرى فلم تشر المادة ٤/١٨ الا الى الاسـتغلال الزراعى والصناعى ، وقد قلنا انه وان كان يمكن القول بأن القانون المصرى أراد أن يقصر حكم العقار بالتخصيص على الحالات المذكورة فيه ، فانه يحسن عدم قصر النص على الاسـتغلال الزراعى والصناعى ، وجعله يشمل التخصيص التجارى والمدنى أيضا ، للأسباب التى تقدمت .

ويجب أن يقر العرف تخصيص المنقول ، أى أن يكون الداعى لعلاقة التبعية بين العقار والمنقول الملحق به منفعة خارجية ظاهرة ، وليس مجرد هوى المالك .

ويجب أن يخصص المنقول لخدمة العقار ، لا لخدمة شخص مالـكه . كما تقدم ، لأنه بهـذا الشرط فقط يمكن اعتبار المنقول ملحقا بالعقار . فالأثاث

والأمتعة ، كالسرر والكراسى وألواح الأجراس الكهربائية التى يضعها المالك لخدمته الشخصية ، لا تعتبر مالا ثابتا بالتخصيص . كذلك سيارة الصانع أو عربته لا تعتبر مالا ثابتا بالتخصيص ، ولو كان يضعها فى محل تابع لمصنعه ، بل تعتبر من أمواله الخاصة بشخصه . أما العربات التى تستعمل فى المصنع فى الأعمال الصناعية فيجب اعتبارها ثابتة .

ويجب أن يكون المنقول لازما لخدمة العقار أو استغلاله ، فالأثاث والأمتعة (مثل الكراسى والصناديق والطنافس) التى يضعها المالك فى المنازل المخصصة للايجار ، على درج السلم أو فى الدهاليز أو فى غرف البوابين ، لا تعتبر عقارات بالتخصيص ، وان كانت معدة لخدمة العقار [١] .

٥٢ — **الاستغلال الزراعى** — ذكرت المادة ١٨/٤ آلات الزراعة والماشية اللازمة لها ، وقد سبق الكلام فيها .

وذكرت المادة ٥٢٤ فرنسى :

(١) الماشية الملحقة بالزراعة ، مثل الحيوانات التى تستعمل فى الحرث والجر كالبقر والخيل والبغال والحمير .

(٢) الآلات الزراعية [٢] ، مثل آلات الحرث وأوانى التقطير والتخمير .

(٣) البذور [٣] المعطاة للزراع والتى لم تبذر فى الأرض .

---

(١) وهذا ما قضت به المحاكم الفرنسية ، اذ اشترطت أن تكون المنقولات التى تلتحق بالعقار ضرورية لخدمته واستغلاله . ولكن المحاكم البلجيكية لا تشترط أن تكون المنقولات الملحقة بالعقار لازمة لاستغلاله . وبعض الشراح الفرنسيين يفضل رأى المحاكم البلجيكية .

(٢) ويلاحظ أن الآلات الزراعية لا تصير عقارات بالتخصيص الا اذا خصصت لأن تبقى فى الأرض بصفة مستمرة ، فلا تعتبر عقارات الأدوات المعدة لأن تباع مع المحصول ، كالأوعية التى يوضع فيها المحصول ، ولكن اذا كانت هذه الأوعية تبقى ملكا لصاحب المصنع ، ويجب على المشترى ردها ، فانها تعتبر عقارات بالتخصيص .

(٣) ومن المتفق عليه أن البذور التى يحجزها المالك اذا كان يستغل الأرض بنفسه لزراعة السنة التالية تعتبر ثابتة أيضا . ويلاحظ أن البذور تصير ثابتة بطبيعتها بمجرد زرعها .

(٤) التبن[1] pailles والسماد engrais اللازمين لاستغلال الأرض .

(٥) الحيوانات غير المنزلية التى تعيش فى العقار بحالة حرية : حمام الأبراج ، وأرانب الأوكار ، وأسماك البرك ، وخلايا النحل[2] .

٥٣ — **الاستغلال الصناعى** — ذكرت المادة ١٨/٤ من القانون المصرى آلات المعامل ومهماتها ، وذكرت المادة ٥٢٢ فرنسى الآلات اللازمة لاستغلال معامل الحديد ومعامل الورق وغيرها من المعامل . ولم يأت الشارع الفرنسى بأمثلة عديدة للاستغلال الصناعى ، لأن الصناعة وقت وضع المادة لم تكن ارتقت الى المستوى الذى وصلت اليه الآن ، ولم يكن اكتشف البخار ولا الكهرباء . ولكن بما أن عبارة المادة عامة فانها تشمل كل أنواع الاستغلال الصناعى . فالحيوانات والعربات المخصصة لخدمة المعمل ، والخيل وطقومها ، والأدوات المخصصة لخدمة معمل القراميد (الطوب) عقارات بالتخصيص .

٥٤ — **الاستغلال التجارى والمدنى** — مثل المفروشات التى بالفنادق والمنازل المخصصة للايجار maisons de rapport .

فالأثاث وأحواض الحمام وأدوات النظافة عقارات بالتخصيص .

وكذلك الأدوات اللازمة لاستغلال المحل التجارى ، كالرفوف والمقاعد والحجر الخشبية والأدوات التى بالحمامات établissements de bains .

والآلات والستائر التى بمحال التمثيل .

والأوانى والفضيات التى بالمطاعم .

ويلاحظ أنه بالنسبة للاستغلال التجارى لا تميل المحاكم الى التوسع . وقد قضت بأن أمتعة الفندق لا تعتبر عقارات بالتخصيص الا اذا كان الفندق أنشىء خصيصا وأعد ليكون نزلا ، ولا يمكن أن يقبل تخصيصا آخر الا بتغيير كلى فيه ،

---

(١) وليس التبن المعد لعلف المواشى هو الذى يعد ثابتا ، وانما التبن الذى يصير سمادا .

(٢) ولكن يعتبر منقولا الحمام الذى يحبس فى الحظائر ، والأسماك التى توضع فى الأحواض ، والأرانب التى تربى فى المكوات .

أى أنه يجب أن يكون هناك بناء مخصص لاستغلال تجارة معينة .

٥٥ — متعلقات المبانى — هناك أشياء كثيرة ، مثل مفاتيح الأبواب وألواح الخشب غير الثابتة التى تستعمل لاغلاق الحوانيت ، والرفوف التى توضع فى المطبخ ، و بعض أدوات النور والنظافة ، ومضخات الحريق فى بعض المبانى المعرضة للحريق ، قد اعتبرها بعض الشراح أموالا ثابتة بالتخصيص ، واعتبرها بعض آخر أموالا ثابتة بطبيعتها .

والأفضل اتباع القاعدة الآتية ، وهى أن المنقولات التى تكون جزءا متمما للبناء بحيث لا يعتبر البناء تاما الا بها تكون أموالا ثابتة بطبيعتها ، مثل السلم والأبواب والشبابيك وألواح الخشب المستعملة لاغلاق الحوانيت والأقفال مع مفاتيحها . وتعتبر أموالا ثابتة بطريق التخصيص المنقولات التى ليست جزءا متمما للبناء ، وانما وضعت فيه لمنفعته أو استغلاله ، بالشروط التى تقدم ذكرها ، كالرفوف التى توضع فى المطبخ .

والأنابيب التى توصل المياه أو الغاز أموال ثابتة بطبيعتها ، وكذلك الشرفات والميازيب والصاعد .

وتهم معرفة كون هذه الأموال ثابتة بطبيعتها أو بطريق التخصيص ، لأن المالك فقط هو الذى يصير المنقولات أموالا ثابتة بطريق التخصيص ، فالمستأجر أو صاحب حق الانتفاع أو الزارع ليس لهم ذلك كما تقدم . فلو أوجد المستأجر مثلا رفوفا فى مطبخ المنزل الذى يسكنه فانه لا يصيرها مالا ثابتا بالتخصيص ، ولكن اذا كسا أرض احدى الغرف بالخشب فانه يصيره عقارا بطبيعته .

٥٦ — (ب) تثبيت المنقول بصفة دائمة attache du meuble à perpétuelle demeure ، أو التخصيص للزينة destination somptueuse ، كما يسميه كولان وكابيتان ، وهو خاص بالمنقولات التى تستعمل لزينة المساكن . وقد سمى كولان وكابيتان الطريق الأول من التخصيص بالتخصيص الزراعى أو الصناعى أو التجارى ، أو التخصيص للمنفعة destination utilitaire . وقد

بينت المادة ٥٢٥ شروط النوع الثانى من التخصيص فى الفقرة الأولى منها ، ثم خصت فى الفقرة الثانية منها المرايا وألواح التصاوير والتماثيل . وهذا هو نصها :

« يعتبر المالك أنه خصص بصفة دائمة لأرضه الأمتعة المنقولة اذا لحمت هذه الأمتعة بالجبس أو بالجير أو بالأسمنت (الملاط) ، أو اذا كان لا يمكن فصلها من غير أن تكسر وتتلف ، أو من غير أن يكسر أو يتلف جزء العقار الذى اتصلت به .

وتعتبر المرايا التى توجد فى الدور موضوعة بصفة دائمة اذا كانت الأخشاب المتصلة بها هذه المرايا تكون جسما واحدا مع أخشاب البيت الدائمة .

وكذلك بالنسبة لألواح التصاوير وغيرها مما تزين به البيوت .

أما بالنسبة للتماثيل فانها تكون ثابتة اذا كانت موضوعة فى محال صنعت خصيصا لوضعها فيها ، ولو كان يمكن رفعها من غير كسر أو تلف » .

"Le propriétaire est censé avoir attaché à son fonds des effets mobiliers à perpétuelle demeure, quand ils y sont scellés en plâtre ou à chaux ou à ciment, ou lorsqu'ils ne peuvent être détachés sans être fracturés et détériorés, ou sans briser ou détériorer la partie du fonds à laquelle ils sont attachés.

Les glaces d'un appartement sont censées mises à perpetuelle demeure, lorsque le parquet sur lequel elles sont attachées fait corps avec la boiserie.

Il en est de même des tableaux et autres ornements.

Quant aux statues, elles sont immeubles lorsqu'elles sont placées dans une niche pratiquée exprès pour les recevoir, encore qu'elles puissent être enlevées sans fracture ou détérioration."

وقد حكمت المحاكم الفرنسية بالنسبة للمرايا ، وأقر أحكامها الشراح ، بأنها

تعتبر ثابتة وان لم تتوافر فيها الشروط المذكورة فى القانون ، وذلك لأن وضع المرايا بالكيفية المذكورة فى القانون لم يعد مستعملا الآن ، وجرت العادة على الحاق المرايا ببعض المنازل ، وخصوصا فى الدور المفروشة ، بقصد الحاقها بالعقار بصفة دائمة ، وان كانت لا تكون جزءا من أخشاب المنزل الدائمة كما تقرر المادة ٥٢٥ ، وقد قل استعمال الأخشاب فى تكسية الحيطان ، واستبدل بها استعمال الورق لهذا الغرض .

ونص المادة ٥٢٥ منتقد ، اذ أنه يمكن اعتبار بعض الأشياء التى نصت عليها أموالا ثابتة بطبيعتها ، لأنها بتوافر الشروط التى تشترطها المادة تصبح جزءا من المبانى الملصقة بها وتكون معها جسما واحدا . ويمكن اعتبار بعضها أموالا ثابتة بطريق التخصيص ، باعتبارها مخصصة لخدمة العقار الملحقة به ، مثل التماثيل .

وفى القانون المصرى يجب اعتبار الأشياء التى تثبت فى العقار بالكيفية المبينة فى المادة ٥٢٥ فرنسى أموالا ثابتة بطبيعتها . أما الأشياء التى تلحق بالعقار بصفة دائمة من غير أن تلتصق به بالكيفية المتقدمة ، كالتماثيل ، فتعتبر أموالا ثابتة بالتخصيص اذا توافرت باقى الشروط .

٥٧ — هل يجوز باتفاق خاص اعتبار بعض الأشياء ثابتة بالتخصيص وان لم تتوافر فيها الشروط التى يتطلبها القانون ؟ — ان الأموال الثابتة بطريق التخصيص لم تكن فى الواقع أموالا ثابتة ، بل هى منقولات يضعها مالك العقار فى عقاره لمنفعته أو خدمته أو استغلاله أو زينته . والعلة فى هذا الاعتبار هى ، كما قلنا ، أن العقار فى غالب الأحوال لا يمكن استغلاله الا بواسطة بعض المنقولات ، فيجب أن يكون حكمها حكمه كيلا يعطل استغلاله ، و بما أن القانون هو الذى منح العقارات بالتخصيص صفة الأموال الثابتة ، واشترط لها شروطا خاصة ، فلا يمكن الأفراد الاتفاق على منح هذه الصفة الأموال التى لم تتوافر فيها الشروط التى يحتمها القانون . فليس للمالك أن يتفق مع أحد دائنيه على جعل منقولاته ثابتة بالتخصيص اذا لم تتوافر الشروط التى يتطلبها القانون .

فالتفرقة بين العقار والمنقول لا تتعلق بارادة الشخص ، بل تكون بحسب طبيعة الشيء ، وهي من النظام العام[1] .

٥٨ — انتقاد الأموال الثابتة بطريق التخصيص — انتقد الشراح الفرنسيون هذا النوع من الأموال الثابتة ، وهو مصدر صعوبات مستمرة ، وقالوا انه كان يكفي أن يقرر أن الأموال المنقولة التي تكون تابعة لعقار ومخصصة لمنفعته تتبع مصير الأصل Accessorium sequitur principale ، ولا تفصل عنه من غير ارادة المالك في الحالة التي يكونان فيها مملوكين لنفس الشخص ، بدلا من مخالفة تقسيم الأموال بحسب طبيعتها الى ثابتة ومنقولة .

ولعل هذا الانتقاد هو الذي جعل الشارع المصري ينص في الفقرة الأخيرة من المادة ١٨/٤ على أن هذه الأموال تعتبر ثابتة من جهة أنه لا يسوغ الحجز عليها منفردة عن العقار المتعلقة به . ولكن كان الأفضل أن يقتصر القانون المصري على النص على أن هذه الأموال لا يسوغ الحجز عليها منفردة عن العقار المتعلقة به ، ولا يذكر أنها معتبرة أموالا ثابتة .

وفي القانون الفرنسي لا يوجد مثل قيد القانون المصري ، ولذلك قال الشراح انه فضلا عن أنه لا يجوز الحجز على الأموال الثابتة بطريق التخصيص منفصلة عن العقار الأصلي ، فانه لا يجوز أن تحصل القسمة فيها منفصلة عن العقار الأصلي ، بل يجب عند القسمة أن يحسب العقار الأصلي بما عليه من المال الثابت بطريق التخصيص . ويباع العقار بالتخصيص عادة مع العقار الملحق هو به . وكذلك يكون العقار بالتخصيص للموصى له بالعقار الملحق به اذا أوصى الموصي بالمنقولات وبالعقارات مستقلا بعضها عن بعض ، الى غير ذلك من أحكام المال الثابت .

---

(١) ولا يستثنى الا الحالات التي نص عليها القانون ، وهي ثلاث : (١) الحالة التي يصبح فيها المنقول عقارا بالتخصيص (وذلك في القانونين الفرنسي والمصري) ، (٢) الحالة التي تصبح فيها بعض الأوراق المالية عقارات باقرار المالك Immeubles par la déclaration du propriétaire (في القانون الفرنسي) ، (٣) الحالة التي يعتبر فيها العقار منقولا بحسب مآله أو مصيره Meuble par anticipation (في القانونين المصري والفرنسي) .

٥٩ — ويلاحظ أن الحاق العقار بالمنقول لا يصيره منقولا ، فالرهن التأميني الضامن للدين لا يجعل الرهن منقولا ، بل يبقى الرهن التأميني معتبرا ثابتا رغم تبعيته للدين الذى هو حق منقول . وهذا من الأسباب التى حدت بالشراح الى انتقاد نظرية المال الثابت بطريق التخصيص ، فقالوا انه لم يكن لوجودها داع ، بدليل أنه لم توجد ضرورة لتقرير نوع من المنقول يقابل العقار بالتخصيص .

٦٠ — الفرق بين المال الثابت بالتخصيص والمال الثابت بطبيعته :

(١) يجوز للمالك أو لغير المالك أن يصير المنقولات عقارات بالامتزاج par incorporation ، أى عقارات بطبيعتها ، فالأبنية والنباتات ثابتة بطبيعتها كيفما كان الشخص الذى ينشئها ، سواء أكان مالك الأرض أم غيره ، كصاحب حق الانتفاع أو المستأجر ، أما بحث موضوع الملكية ولمن يكون البناء أو النبات فهذا موضوع آخر ولا دخل له فى طبيعة البناء أو النبات[1] . ولكن لا يجوز لغير المالك أن يجعل المنقولات عقارات بالتخصيص .

(٢) بائع المنقولات التى يصيرها المشترى عقارات بالتخصيص يكون له عليها حق الامتياز للوفاء بثمنها ، لأنها ما زالت حافظة كيانها الأصلى ، ولكن اذا صارت عقارات بطبيعتها فانها تفقد ذاتيتها ، ولا يبقى للبائع حق الامتياز عليها ، فاللبن (الطوب) مثلا أصبح دارا ولم يبق لبنا .

(٣) فى حالة نزع الملكية للمنافع العامة لا تدخل فى نزع الملكية الأموال الثابتة بطريق التخصيص الا فى أحوال استثنائية ، بخلاف المال الثابت بطبيعته .

٦١ — التنازل عن اعتبار المال ثابتا بطريق التخصيص — اعتبار المال ثابتا بطريق التخصيص مقرر لمصلحة المالك ، فمن حقه أن يتنازل عن كل دفع ويقبل أن يحجز ويباع كمنقول مال معتبر ثابتا بطريق التخصيص ، ولكن اذا كان للغير حقوق عينية على هذا المال الثابت بالتخصيص حازها قبل التنفيذ

---

(١) راجع نبذة ٣٦ .

باعتباره منقولا فان البيع والمزاد يكونان باطلين (١) .

٦٢ — زوال صفة العقار عن الأموال الثابتة بطريق التخصيص — ينتهى اعتبار الأموال الثابتة بطريق التخصيص ، وتصبح أموالا منقولة كما كانت ، اذا أظهر المالك رغبته صراحة أو دلالة فى اعتبارها كذلك ، كما اذا باع العقار وحفظ لنفسه الحق فى المنقول المخصص لخدمة العقار ، كالمواشى ومهمات المعامل مثلا ، ومتى حصل هذا فان الأموال التى كانت ثابتة بطريق التخصيص تعتبر منقولة ؛ ويجب قانونا اعتبارها كذلك من ذلك الوقت وان لم ترفع عن العقار ، أى وان لم تنقل منه .

وتزول صفة العقار اذا وهب المالك الأشياء المعتبرة ثابتة بطريق التخصيص أو باعها منفصلة عن العقار .

كذلك تزول صفة العقار اذا لم يؤد المنقول الغرض الذى وضع من أجله لسبب ما ، فمثلا بالنسبة للمواشى اذا بيعت كل العدد والآلات الزراعية التى تستغل بها الأرض حتى أصبحت المواشى لا عمل لها فيها ، أو اذا تغيرت كيفية الزراعة فأصبحت المواشى لا عمل لها ، فانها تعتبر منقولة . كذلك اذا فصلت المنقولات عن العقار الذى كانت ملحقة به فانها تفقد صفة المال الثابت وتصبح منقولة .

ولكن اذا فصلت المنقولات مؤقتا عن العقار فانها لا تفقد صفتها لهذا السبب ، كما اذا أخرجت المواشى من الأرض الملحقة بها مؤقتا لتشغيلها فى أعمال خارجة عن زراعة الأرض .

(د) الأموال المعتبرة ثابتة باقرار المالك

Immeubles par la déclaration du propriétaire

٦٣ — هذا النوع — ويسميه أيضا بعض الشراح الأموال الثابتة بتعيين القانون (Immeubles par la détermination de la loi) — خاص بفرنسا ،

---

(١) استئناف مختلط ١٩١٢ (٢٦ ص ٥٩) ، ١٠ ابريل ١٩٢٤ (٣٦ ص ٣٠٧) .

وقد أنشىء بعد صدور المجموعة المدنية الفرنسية ، وهو يشمل بعض الأوراق المالية التى أجيز للمالك جعلها ثابتة باقرار منه ، فقد أجاز دكريتو ١٦ يناير سنة ١٨٠٨ لمساهمى مصرف فرنسا Banque de France أن يصيروا سهامهم عقارية بتقرير منهم فى سجلات المصرف ، وبذلك يتمكنون من رهنها رهنا تأمينيا ، ولا تزول صفتها العقارية الا باقرار من المالك يخالف اقراره الأول [1].

الأموال المنقولة

Les meubles

٦٤ — بعد أن عرف القانون المصرى الأموال الثابتة ، فى المادة ٢/١٦ ، بأنها الحائزة لصفة الاستقرار بحيث لا يمكن نقلها بدون أن يعتريها خلل أو تلف ، عرف فى الفقرة الأولى من المادة ٣/١٧ الأموال المنقولة بقوله :

« ما عدا ذلك من الأموال يعد منقولا » .

"Tous les autres biens sont meubles."

٦٥ — **أنواعها** — لم يقسم القانون المصرى الأموال المنقولة ، ولم يأت بنصوص أخرى غير نص المادة ٣/١٧ ، خلافا للقانون الفرنسى الذى جاء بتفصيلات كثيرة فى هذا الصدد ، وقسم الأموال المنقولة الى أموال منقولة بطبيعتها وأموال منقولة بناء على تعيين القانون (المادة ٥٢٧ فرنسى) .

أما الأموال المنقولة بطبيعتها les meubles par leur nature فهى ، كما عرفتها المادة ٥٢٨ فرنسى ، الأجسام التى يمكن نقلها من مكان الى آخر ، سواء أكانت تتحرك بنفسها ، مثل الحيوانات ، أم كان لا يمكن نقلها من محلها الا بقوة أجنبية ، مثل الجمادات .

فالحيوانات ، والأشجار بعد قلعها ، والحاصلات بعد فصلها ، والأحجار بعد قطعها ، والمعادن بعد استخراجها ، والأبنية بعد هدمها ، وأثاث المنزل ، والملبوسات ،

---

(١) راجع قانون ٧ مايو ١٨٣٤ المادة ٥ .

والمصاغات ، والكتب ، وألواح التصاوير ، والمرايا ، والسفن ، والمناطيد الخ تعتبر منقولات بطبيعتها .

والأموال المنقولة بناء على تعيين القانون par la détermination de la loi هى حقوق موضوعها منقولات ، مثل الالتزامات والدعاوى التى يكون موضوعها منقولات ، والسهام والحصص فى الشركات ، والايرادات المرتبة أو لمدة الحياة (المادة ٥٢٩ فرنسى) .

وقد انتقد الشراح تسمية القانون النوع الثانى من الأموال المنقولة ، لأن التسمية المذكورة قد تشعر بأن القانون أراد بصفة تحكمية أن يعتبرها منقولة وهى ليست كذلك ، مع أنها أموال منقولة بالنسبة لموضوعها ، والأفضل تسميتها أموالا منقولة بالنسبة للشىء المتعلقة به Meubles par l'objet auquel ils s'appliquent، تشبيها لها بالأموال الثابتة بالنسبة للشىء المتعلقة به .

وهذا النوع عبارة عن حقوق موضوعها منقولات .

وقد رأى بعض الشراح أن يعبر عن المنقولات بطبيعتها بعبارة منقولات مادية ، لأنها تقع تحت الحواس ، وعلى الخصوص تحت حاسة اللمس ، كالحيوانات ، وعن المنقولات بسبب موضوعها بمنقولات معنوية ، لأنها لا تقع تحت الحواس ، ولا يتناولها الانسان الا بالتصور ، وهى الحقوق .

وهناك نوع ثالث لم يذكره القانون الفرنسى ، ويطلق عليه اسم الأموال المنقولة بحسب مآلها Meubles par anticipation ، وهو يشمل بعض الأموال الثابتة التى تعتبر منقولة مقدما ، لأنها معدة لأن تصير كذلك بعد قليل من الزمن كالحاصلات والثمار .

ويلاحظ أنه لا يوجد نوع من المنقولات يقابل الأموال الثابتة بالتخصيص ، كذلك لا توجد منقولات بناء على اقرار المالك ، فليس لمالك العقار بمحض ارادته أن يخول العقار صفة المنقول ، بخلاف الحال فى العقار ، فقد رأينا أنه يجوز فى فرنسا للمالك أن يصير بعض المنقولات عقارات باقرار منه .

(ا) الأموال المنقولة بطبيعتها

Meubles par leur nature

٦٦ — الأموال المنقولة بطبيعتها ، ويطلق عليها أيضا كما قلنا الأموال المنقولة المادية Meubles corporels ، تشمل الأشياء المادية التى ليست أموالا ثابتة بطبيعتها ولا بطريق التخصيص . وهى كما تقدم الأجسام التى يمكن نقلها من مكان الى آخر ، سواء أكانت تتحرك بنفسها ، أم كان لا يمكن نقلها من محلها الا بقوة أجنبية .

وهناك أشياء ، ولو أنها تبقى فى مكانها ولا تنتقل منه طول مدة وجودها ، اذ يعدها مالكها لأن تبقى دائما فى مكانها ، مثل الحامات والطواحين والمغاسل المقامة بصفة دائمة فى الأنهر ، فانها لا تحرك من موضعها ، ومع ذلك تعتبر منقولات اذا أقيمت فى مراكب ، ولا تصير أموالا ثابتة الا اذا ثبتت فى قاع النهر على دعائم أو أرصفة [١] .

٦٧ — **أدوات البناء** — أدوات البناء منقولة بطبيعتها ، وتبقى كذلك الى الوقت الذى توضع فيه فى موضعها ، وحتى ذلك الوقت لا يوجد ما يدعو الى اعتبارها ثابتة . وعلى عكس ذلك الأدوات الناتجة من الهدم ، لا تعتبر منقولة الا من الوقت الذى تنفصل فيه من البناء [٢] . وتعتبر الأنقاض منقولة ولو أن البناء لم يهدم الا ليستبدل به بناء جديد توضع فيه هذه الأنقاض .

ويمكن القول أيضا ان الأجزاء التى ترفع مؤقتا من بناء لأجل الاصلاح أو الترميم ، مثل البالوعات والشبابيك والأبواب ، تصير منقولة أثناء الوقت الذى تكون فيه منفصلة عن البناء ، ولكن هذا الرأى غير متفق عليه ، ويقرر معظم الشراح أنها تظل ثابتة فى هذه الأثناء .

---

(١) راجع مدنى فرنسى ٥١٩ .

(٢) المادة ٥٣٢ فرنسى — راجع ما تقدم نبذة ٣٨ .

(ب) الأموال المنقولة بالنسبة للشيء المتعلقة به

Les meubles par l'objet auquel ils s'appliquent

٦٨ — هذه الأموال ، ويقال لها أيضا الأموال المنقولة غير المادية أو المعنوية Meubles incorporels ، عبارة عن حقوق ، وقد قلنا ان القانون الفرنسى أطلق عليها عبارة Meubles par la détermination de la loi ، ولكن الشراح قد انتقدوا هذه التسمية .

والأصل فى الحقوق أن تعتبر منقولة ، واعتبارها أموالا ثابتة استثناء .

مثالها : الالتزامات التى تقضى بعمل شىء أو بالامتناع عن عمل شىء ، والسهام وحصص الشركاء فى الشركات actions et intérêts ، والايرادات المؤبدة أو لمدة الحياة ، وحق الانتفاع بالأشياء المنقولة ، وحقوق المؤلفين والمخترعين ، ومحال التجارة .

(ج) المنقولات باعتبار مصيرها أو مآلها

Meubles par anticipation

٦٩ — يشمل هذا النوع بعض الأشياء المتصلة بالأرض والمعتبرة أموالا ثابتة بطبيعتها ، ولكنها معدة لأن تنفصل بعد قليل من الزمن فتصبح منقولات ، فيعتبرها القانون فى حكم المنقولات ، فلا ينظر اليها بالنسبة لحالتها الحالية باعتبارها متصلة بالأرض ، بل ينظر اليها باعتبار أنها ستنفصل عن الأرض . فاذا بيع المحصول أو الشجر أو الأحجار مستقلة عن الأرض ، باعتبار أنها ستفصل عنها ، فان بيعها يعتبر بيع منقول . كذلك اذا بيعت الأنقاض التى ستتخلف عن بناء فيعتبر البيع بيع منقول ، وينظر الى البناء باعتبار ما سيؤول اليه .

ويلاحظ أن الارادة من جانب واحد Volonté unilatérale لا تكفى لتحويل العقار الى منقول ، بل لا بد من توافق ارادتين accord de volontés .

واعتبار العقار منقولا لا يكون الا لمدة قصيرة من الزمن ، لأنه لا يحصل الا فى الوقت الذى يكون فيه العقار معدا لأن يصير قريبا منقولا .

وقد اعتبر القانون المصرى والقانون الفرنسى المزروعات القائمة ، اى التى لم تحصد ، مثل القطن والقمح ، منقولات من حيث حجزها قبل نضجها ، ويسمى الحجز حجز المحصولات قبل نضجها saisie-brandon ، ويمكن توقيعه فى خلال خمسة وخمسين يوما قبل نضج المحصول (فى القانون الفرنسى ستة أسابيع) . وهو حجز منقول[1] .

٧٠ — فائدة اعتبار العقار منقولا بحسب مآله :

(١) اذا نشأ عن البيع نزاع فان المحكمة المختصة لا تكون المحكمة التى فى دائرتها الشىء المبيع ، بل المحكمة التى يكون فيها محل المدعى عليه actor sequitur forum rei

(٢) اذا لم يتسلم المشترى الشىء فى الميعاد المتفق عليه فان البيع ينفسخ من نفسه ، بدون احتياج لانذار sommation لمصلحة البائع ، لأن البيع هنا بيع منقول[2] .

(٣) ليس لمشترى المال المعتبر منقولا بحسب مآله أن يطالب بحماية يده protection possessoire ، لأنها خاصة بالعقار .

المنقول فى الشريعة الاسلامية

٧١ — يطلق المنقول فى الشريعة الاسلامية على كل مال يمكن نقله

---

(١) ونص فى القانون الصادر فى ٧ سبتمبر سنة ١٨٨٤ على جواز حجز الحاصلات مستقلة عن الأراضى ، مثل المنقولات ، بالطرق الادارية ، بواسطة أمر من المدير بناء على طلب أصحاب الأطيان المؤجرة لحصولهم على الايجارات المستحقة اليهم من المستأجرين .

وقرر الأمر العالى الصادر فى ٢٥ مارس سنة ١٨٨٠ جواز حجز المحصولات والثمار والمنقولات والمواشى الموجودة فى العقار المستحقة عليه ضرائب وبيعها ، واذا لم يوف ثمنها بالمطلوب يباع العقار نفسه .

(٢) راجع المادة ٣٣٥ / ٤١٨ . وراجع نجيب الهلالى بك « البيع » نبذة ٦٦٧ وما بعدها .

وتحويله ، فيشمل النقود والعروض والحيوانات والمكيلات والموزونات ، ويشمل البناء والغراس القائمين فى أرض مملوكة أو موقوفة [(١)] .

والنقود جمع نقد ، وهى عبارة عن الذهب والفضة ، سواء أكانا مسكوكين أم غير مسكوكين . والعروض جمع عرض (بفتح العين وسكون الراء) ، وهى ما عدا النقود والحيوانات والمكيلات والموزونات ، كالمتاع والقماش . والمكيل أو الكيلى هو ما يكال . والموزون أو الوزنى هو ما يوزن [(٢)] .

تعريف بعض الألفاظ

٧٢ — أتى القانون الفرنسى فى المادة ٥٣٣ وما بعدها بتعاريف لبعض الألفاظ [(٣)] .

---

(١) مرشد الحيران المادة ٣ — المجلة المادة ١٢٨ — ما تقدم نبذة ٢٧ .

(٢) راجع المجلة المواد ١٣٠ — ١٣٤ .

(٣) فنص فى المادة ٥٣٣ على أن : « كلمة منقول meuble المستعملة بمفردها فى نصوص القانون أو اتفاقات الأفراد من غير اضافة أخرى أو تعيين لها لا تشمل النقود والجواهر والديون التى للشخص والكتب والنياشين وآلات العلوم والفنون والصنائع وملابس الجسم والخيل والطقوم والأسلحة والحبوب والنبيذ والدريس وغيرها من أنواع المأكولات ، ولا تشمل أيضا ما يكون متعلقا بالتجارة » .

ونص فى المادة ٥٣٤ على أن : « عبارة أثاث المنزل Meubles meublants لا تشمل الا المنقولات المعدة لاستعمال الدور وزينتها ، مثل البسط والسرر والقاعد والمرايا والساعات الكبيرة والموائد والصينى والأشياء الأخرى التى من هذا النوع . وتشمل أيضا التصاوير والتماثيل التى تكون جزءا من منقولات الدور ، ولكنها لا تشمل مجاميع التصاوير التى قد تكون فى الماشى أو فى محال مخصوصة .

« وكذلك بالنسبة للصينى فان ما يكون منها جزءا من زينة الدور هو فقط الذى يقع تحت تسمية أثاث المنزل » .

ونص فى المادة ٥٣٥ على أن : « عبارة أموال منقولة biens meubles وعبارة أمتعة mobiliers أو أشياء منقولة effets mobiliers تشمل على العموم كل ما هو معتبر منقولا بحسب القواعد المتقدم بيانها . فبيع منزل بمتاعه أو هبته لا يشمل الا أثاث المنزل » .

ونص فى المادة ٥٣٦ على أن : « بيع منزل أو هبته مع جميع ما فيه لا يشمل النقود ولا الديون التى للشخص ولا الحقوق الأخرى التى تكون سنداتها مودعة فى المنزل . أما باقى الأمتعة المنقولة الأخرى فتدخل فيه » .

وهذه النصوص قليلة التطبيق ، لأنه فى النادر ألا يظهر ما يقصده القانون أو العاقدان من الألفاظ فى الأحوال الخاصة التى ترد فيها ، ولكن فى الأحوال التى لا يمكن فيها تحديد معنى هذه الألفاظ بالضبط يتحتم الرجوع الى نصوص المواد المذكورة .

ولم ينقل القانون المصرى نصوص المواد ٥٣٣ وما بعدها من القانون الفرنسى ، بل اقتصر على النص فى الفقرة الثانية من المادة ٣/١٧ على أن :

« التعبير فى القانون بلفظ أمتعة وأشياء منقولة وأموال منقولة يشمل بلا فرق جميع المنقولات » .

"Les termes de *mobilier, effets mobiliers* et *biens meubles* employés dans la loi comprennent indistinctement tout ce qui est meuble".

ولم تبين المادة ٣/١٧ المقصود من لفظ منقول meuble فى حالة اطلاقه من غير أن يضاف اليه أى وصف أو تخصيص ، ولكن بما أن هذه المادة تعطى لفظ «أمتعة» ، وعبارتى « أشياء منقولة » و «أموال منقولة » ، معنى واسعا ، فتشمل كلمة منقول كل ما هو معتبر من المنقولات . ولا داعى فى القانون المصرى لادخال النصوص الفرنسية المتقدمة ، واتباع القيود الواردة فيها . وعلى الحاكم فى الأحوال التى يطلق فيها استعمال لفظ منقول أن تبحث عن غرض المتعاقدين بحسب ظروف كل دعوى .

(٢) تقسيم الأموال الى مملوكة وموقوفة ومباحة

٧٣ — قسم القانون الأموال ، بالنسبة لتعلق الحقوق بها ، الى أموال مملوكة ، وأموال موقوفة ، وأموال مباحة .

(١) الأموال المملوكة

٧٤ — عرف القانون الأموال المملوكة فى المادة ٢٠/٦ و ٢١ بقوله :

« تسمى ملكا العقارات التى يكون للناس فيها حق الملك التام ، بما فى ذلك الأطيان الخراجية » .

"On appelle biens *milks* ceux sur lesquels les particuliers ont un droit entier de propriété, y compris les terres *kharadjis*."

ويلاحظ على هذا التعريف أن المادة عرفت الأموال المملوكة بكونها « العقارات » ، أى أنها تقصرها على الأموال الثابتة ، مع أنها تشمل المنقولات . وهذا التعبير غير موجود فى النص الفرنسى الذى يقول On appelle biens milks *ceux* sur lesquels... . فالأصح اذن أن يقال انها الأموال التى يكون للناس فيها حق الملك التام .

ونص المادة ٦ المتقدم ذكره لم يكن كذلك عند وضع المجموعة المدنية ، بل كان كالآتى : « تسمى ملكا العقارات التى يكون للناس فيها حق الملك التام ، وتعتبر فى حكم الملك الأطيان الخراجية التى دفعت عنها المقابلة اتباعا للمنصوص بلائحة المقابلة وبالأمر العالى الصادر بتاريخ ٦ يناير سنة ١٨٨٠ » . فعدلها الأمر العالى الصادر فى ٢٩ ربيع الأول سنة ١٣١٤ — ٣ سبتمبر سنة ١٨٩٦ بالصفة المتقدمة ، بعد أن أصبح لأصحاب الأطيان الخراجية حق الملك التام فى الأطيان الحائزين لها ، كما سنبينه فيما يأتى فى تاريخ الملكية العقارية فى مصر .

تاريخ الملكية العقارية فى مصر[1]

٧٥ — أنواع الأراضى مدة محمد على باشا — لما عين محمد على باشا واليا على مصر أمر فى سنة ١٨١٣ بعمل مساحة عمومية لكل أرض مصر ، وقسم القطر المصرى الى مديريات ومراكز أو أقسام ونواح . والأراضى المزروعة أو القابلة للزراعة ربطت زماما للنواحى ، ووزعت بين أهاليها ، للانتفاع بها ، وتقرر عليها الخراج أو المال بحسب درجاتها . وبلغ نصيب كل فلاح من ثلاثة الى خمسة فدادين[2] . وهذه الأراضى هى المعروفة بالأراضى « الخراجية » .

---

(١) راجع كتابنا « الملكية العقارية فى مصر وتطورها التاريخى من عهد الفراعنة حتى الآن » ص ٧٥ وما بعدها .

(٢) كتاب يعقوب أرتين باشا « الأحكام المرعية فى شأن الأراضى المصرية » تعريب سعيد عمون ، ص ٤٧ .

واستبعدت من المساحة الأراضى البور أو غير المزروعة التى سميت « أباعد » أو « أبعادية » ، ومنحت كبار الموظفين وأعيان البلاد لكى يزرعوها فيزيدوا بذلك ثروة القطر .

وكان نظام قيام الملتزمين بجباية الأموال معمولا به قبل ولاية محمد على باشا . وكان الملتزمون متعهدين عموميين يأخذون على عهدتهم جباية الأموال . وقد وصف هذا النظام أرتين باشا (١) بالوصف الآتى :

« كان الشخص يلتزم ضريبة ناحية أو أكثر ، عن سنة أو أزيد ، ويعجل خراج سنة ، وكان الالتزام يقدر اما بمزايدة واما باتفاق على الثمن بين الملتزم من جهة والرزنامة بالنيابة عن الحكومة من جهة أخرى ، حتى اذا تم الأمر أعطت الرزنامة للملتزم تقسيطا ، أى عقد تلزيم ، هذا ان سمح بذلك شيخ البلد ، أى كبير أمراء مصر من المماليك .

« فاذا دفع الملتزم الضريبة وأعطى التصرف حاول بما فى جهده الحصول على المال الذى عجله للخزينة وعلى فوائده التى كان يقرر سعرها هو بنفسه كما يريد لعدم وجود ما يقيده بعدم تجاوز سعر معلوم . . .

« وكانت الحكومة تجعل لمساعدة الملتزم على القيام بما عليه من الواجبات ، كايواء المسافرين وصيانة الجوامع والمدارس والحمامات والقيام بقسم من نفقاتها ، أراضى غير التى التزمها معفاة من كل ضريبة ، يحرثها فلاحو الناحية سخرة لنفع الملتزم ، وهى المعروفة « بالأواسى » .

« وما كانت الالتزامات تنتقل بالارث . على أنه كان يجوز للملتزم اذا كان له أولاد أو مماليك بيض تسمح لهم أسنانهم بالقيام مقامه ، وكان جدد التزامه فى المواعيد المقررة ، أن يقيم ابنه محله فى الالتزام ، بشرط أن يستمر الابن أو المملوك على وفاء الضريبة السنوية كالماضى » .

فأبطل محمد على باشا نظام الالتزام . ولأجل أن يعوض على الملتزمين خسارة

---

(١) فى كتابه المتقدم ذكره ، ص ٤٥ — ٤٦ .

رأس المال الذى دفع منهم للحكومة ، مقابل أخذ حق الالتزام ، ترك لهم حق الانتفاع بأطيان الأواسى ، مع اعفائها من المـال مدة حياتهم ، ورتب لهم مرتبا سنويا يسمى « فائضا » .

وقد أعطى محمد على باشا أيضا مشـايخ البلد أو رؤساء النواحى بعض الأراضى ، وأعفاها من كل ضريبـة ، مقابل ما يؤدونه من الخدمات المتنوعة للحكومة ، لتساعدهم على القيام بالمصاريف التى يستدعيها اسـتقبال موظفى الحكومة أثناء مرورهم بنواحيهم . وهـذه الأراضى عرفت باسم « مسموح المصطبة » أو « مسموح المشايخ » .

وكان يوجد فى ذلك الوقت أيضا نوع من الأراضى يقـال له « أرض رزقة » ، منحها السلاطين السابقون بعض الناس وتركوا لهم فيها حق الملكية التامة .

هذه أنواع الأراضى التى كانت موجودة فى مدة محمد على باشا ، وسنتكلم فيها واحدة واحدة ، ونذكر التغييرات التى طرأت على نظامها حتى وقتنا الحاضر .

٧٦ — (١) **الأراضى الرزقة** — كان السلاطين السابقون ينعمون على بعض الناس بأراض تكون لهم ملكيتها التامة ، ويتصرفون فيها كيف شاءوا ، وسميت هذه الأراضى بأراضى « الرزقة » ، وكانت معفاة من الضرائب .

وقد ترك محمد على باشا هـذه الأطيان لأصحابها ، ولـكنه ألزمهم بدفع الضرائب عليها ، وحرمهم من حق وقفها ، وفى الوقت نفسه رتب لهم مرتبا يسمى « فائضا » يستولون عليه مدة حياتهم .

ولما صدرت اللائحة السعيدية فى ٢٤ ذى الحجة ١٢٨٤ (٥ أغسطس سنة ١٨٥٨) نزعت من مالكى هـذه الأراضى ملكية الرقبـة ، فأصبحت من الأراضى الخراجية .

ولما صدر قانون الأراضى فى سنة ١٨٧٥ (٧ شعبان سنة ١٢٩٢) لم يأت فيه ذكر أراضى الرزقة ، وذلك لأن هذه الأراضى قد أدمجت فى الأراضى الخراجية كما تقدم .

٧٧ — (٢) **الأراضى الأواسى** — الأراضى الأواسى هى التى كانت للملتزمين قبل عهد محمد على باشا ، وتركها لهم ينتفعون بهـا مدة حياتهم ، مع اعفائها من المال ، ورتب لهم مرتبا سنويا يسمى « فائضا » كما تقدم . أما مقدار هذا الفائض فكان يوازى قيمة ربح الالتزام بحسب اقرار نفس الملتزم .

وقد صدر الأمر العالى رقم ١ فى ١٣ رمضان سنة ١٢٧١ (٣٠ مايو سنة ١٨٥٥) قاضـيا بأن كل من يتوفى من أرباب الأواسى ، وتكون له ذرية ، تتقيد بأسمائهم ، فان لم يترك ذرية تصير أوسيتهم تبع بيت المال .

ولما صدرت لائحة المقابلة فى ٣٠ أغسطس سنة ١٨٧١ (١٣ جمادى الآخرة ١٢٨٨) سمح لأرباب الأواسى ، بمقتضى المادة ٩ ، بدفع المقابلة عنها ، ومن يؤدى منهم المقابلة على أطيانه يعطى الرخصة اللازمة بالتصرف فيها بالبيع والهبة والوصاية والوقف ونحوها من سائر التصرفات المصرح بها لأرباب الأبعاديات العشورية .

ولما صدر الأمر العالى الرقيم ٦ ينـاير سنة ١٨٨٠ وقانون التصفية المؤرخ ١٧ ابريل سنة ١٨٨٠ ألغيا النصوص المتعلقة بالأمور المـالية فى لائحة المقابلة ، وأبقيا حقوق الملكية التامة التى اكتسبها من دفع المقابلة من أرباب الأراضى .

ولقد أضافت المادة ٥ من الأمر العالى الصادر فى ٦ يناير سنة ١٨٨٠ أن دفع جزء من المقابلة يكفى للاستحواذ على حقوق الملكية التامة فى الأطيان المذكورة ، ولا يكون لواضعى اليد على الأطيان الأوسية الذين صاروا مالكين لها حق فى قبض المرتب لهم فى الرزنامة .

وصرحت الأوامر العالية الصادرة فى ٤ مارس سنة ١٨٨٩ و ١٦ يونيه سنة ١٨٩٠ و ٥ ابريل سنة ١٨٩١ لوزير المالية بأن يستبدل نقودا بالمرتبات المقيدة بالرزنامة باسم فائض التزام .

٧٨ — (٣) **الأطيان الأبعادية المعروفة بالعشورى** — الأطيان الأبعادية هى الأراضى البور أو غير المزروعة التى منحها محمد على باشا أعيان البـلاد لاصلاحها بزراعتها ، ولم يكن يجوز لهم التصرف فيها بأى وجه ، وانما كان يجوز

التوارث فيها ، وكانت تعطى بها تقاسيط من الرزنامة موضحا بها القيد المتقدم .

« وفى سنة ١٢٥٨ هجرية (سنة ١٨٤٢) لما رأى المرحوم محمد على باشا أنه نظرا لكون الاعطاء المقيد بالشرط البادى ذكره غير موافق للشريعة الاسلامية ، ويترتب عليه عدم الوصول للغاية المقصودة ، وهى اصلاح الأطيان لو طرأ على أربابها اعسار أو عدم مقدرة على زراعتها ، أصدر أمرا ، فى ٥ المحرم ، صرح فيه لأرباب الأطيان المذكورة بالتصرف فيها بكافة أنواع التصرفات الشرعية من بيع وهبة ونحو ذلك ، وتنبه على الرزنامة بابطال شرط عدم التصرف فيها من التقاسيط ، واعطاء تقاسيط خلافها مندرج بها هذا التصحيح .

« وهنالك أطيان كانت تسمى « جفالك » ، وهى كالأبعاديات مرتبطة بحكم الأمر الصادر فى سنة ١٢٥٨ (سنة ١٨٤٢) المتقدم ذكره ، والفرق بينهما هو أن اسم « جفلك » لا يطلق الا على مقدار جسيم من الأطيان ، وما كانت تعطى الجفالك الا للعائلة الخديوية . انما فى عهد المرحوم عباس باشا أعطى منها لبعض كبار الذوات .

« ولغاية سنة ١٢٧١ (سنة ١٨٥٤) لم يكن مربوطا شىء على أطيان الأبعاديات والجفالك السالف ذكرها ، وفى ٧ المحرم سنة ١٢٧١ صدر أمر من المرحوم سعيد باشا بالزام أرباب الأطيان المذكورة بتوريد عشور محصولاتها صنفا ، ولذلك أطلق عليها أطيان عشورية . والأسباب التى صار الارتكان عليها فى الأمر المشار اليه هى أن القناطر والجسور والترع التى عملت وستعمل بمعرفة الحكومة بمصاريف من طرفها لم تكن فائدتها قاصرة فقط على الأطيان الخراجية ، بل ان عموم الأطيان منتفعة منها » [1] .

٧٩ — (٤) **الأراضى الخراجية** — هذه الأراضى وزعت كما قلنا على

---

(١) من تقرير للمرحوم بطرس غالى باشا الى قومسيون تعديل الضرائب .

راجع الأمر العالى الصادر فى ١١ ذى الحجة سنة ١٢٨٢ — ٢٧ ابريل سنة ١٨٦٦ (مجموعتنا الادارية ص ٧٦ وما بعدها) .

الأهالى فى سنة ١٨١٣ ، ولم تكن لهم فيها الا المنفعة ، وكان عليهم دفع الخراج أو الضريبة ، ولم يكن لهم حق التصرف ، ولم يكن يجرى فيها الميراث .

ولكن اللائحة السعيدية (٢٤ ذى الحجة سنة ١٢٧٤ — ٥ اغسطس سنة ١٨٥٨) منحت حائزيها بعض الحقوق ، فنصت على الآتى :

(١) اذا مات شخص من أربابها فلبيت المال أن يوجهها لمن شاء ، ولكن متى كان للميت ورثة شرعيون ، فمراعاة لتعيشهم وعدم حرمانهم من انتفاعهم يكونون أحق وأولى من الغير سواء كانوا ذكورا أو اناثا ، ويكون أخذهم لها بنسبة تقسيم الميراث الشرعى ، بشرط أن يكونوا مقتدرين على زراعتها وتأدية خراجها ، ولو بواسطة الوكلاء أو الأوصياء الذين يصير تنصيبهم عليهم بمعرفة القاضى عن يد الحكومة (بند ١) .

(٢) بما أن الأراضى المذكورة لا تملك للمزارعين فيها ، بل ليس لهم فيها الا حق الانتفاع بها ما داموا يتعهدونها بالزراعة ، فاذا تركها المزارعون اختيارا ، مدة تبلغ ثلاث سنوات ، سقط حقهم فيها ، وذلك بحسب أصول الشريعة . ومع كون الحكم الشرعى قضى بتحديد الثلاث السنوات ، لكن بطريق العرف جوز علاوة سنتين أخريين على ذلك الميعاد لتكون المدة خمس سنوات . فمن كانت تحت يده أطيان خراجية ، ذكرا كان أو أنثى ، وواضع يده عليها خمس سنوات فأكثر ، وقائم بتأدية ما عليها من الخراج لجهة الميرى ، فلا تنزع من يده ، ولا تسمع فيها دعوى ضده بوجه من الوجوه (بند ٥) .

(٣) يجوز رهن هذه الأطيان بالغاروقة من صاحب الأثر الى من يريد ، بشرط أن يكون ذلك باطلاع المديرية (راجع بند ٨) .

(٤) يجوز لصاحب الأثر أن يؤجر لمن يريد بمعرفته ، انما يكون عقد الايجار عن سنة واحدة الى ثلاث سنين فقط ، ويجوز تجديدها . ولأجل ضبط واعتماد تحرير شروط الايجارات ينبغى ألا يصير عقد الايجار أو المشاركة الا بموجب سند ديوانى يصير تحريره بواسطة المديرية (بند ٩) .

(٥) يجوز للمزارعين فى الأطيان الخراجية أن يسقطوا حقوقهم ويفرغونها لغيرهم بموجب حجج شرعية من محكمة الجهة أو النواب المأذونين بسماع الدعاوى الشرعية وكتابة الحجج ، ويكون ذلك بعد الاستئذان من المديرية وصدور الاذن منها بتحرير الحجة ، ويشترط فى الحجة على المفرغ له أو المبيع له أن يكون ممتثلا الى القوانين واللوائح التى تصدر من الحكومة ، ويكون ملزما بسداد الأموال (بند ١٠) .

(٦) يكون لمن يغرس أشجارا أو يحفر سواقى أو ينشىء أبنية فى أراضيه الخراجية أو لورثته بعده حصول التصرف فيها بجميع التصرفات الشرعية من بيع وهبة وغير ذلك (بند ١٢) .

وبمقتضى الأمر الكريم الرقيم ٢٢ شعبان سنة ١٢٨٢ (١٠ يناير سنة ١٨٦٦) اذن بالوصية فى الأطيان الخراجية ، ولكن لا يجوز وقفها ، لأن وقف الأطيان الخراجية متعلق بالارادة الخديوية .

وقررت لائحة المقابلة (٣٠ اغسطس سنة ١٨٧١) أن من يريد دفع المقابلة (خراج ست سنوات مقدما) على أطيانه ، ويطلب استخراج حجة شرعية أو الشرح على حجته التى تكون بيده ، يثبت له الحق فى الهبة والتوارث والوصاية والاسقاط .

وفى سنة ١٨٧٦ صدرت المجموعة المختلطة ، وقررت فيها الأحكام المتقدمة فى المواد الآتية :

المادة ٢١ : الأموال الخراجية هى التى فى ملك الميرى وأسقط حق منفعتها للناس بالشروط والأحوال المقررة فى اللوائح .

المادة ٣٥ : يجوز أن يكون حق الانتفاع مؤبدا متى قررته الحكومة على الأراضى الخراجية طبقا للوائح .

المادة ٣٦ : وفى هذه الحالة يجوز اسقاطه كله أو بعضه أو رهنه .

المادة ٤٨ : اذا لم يقم المنتفع بأرض خراجية بدفع الخراج فيجوز حرمانه

من الانتفاع بها ، بشرط مراعاة حقوق الدائنين المرتهنين .

المادة ٤٩ : عدم القيام بسداد أموال الأراضى المملوكة الرقبة للميرى يترتب عليه فقط أن يباع بالطريق الجبرى جزء من حق الانتفاع بالأرض بقدر ما يكفى لسداد تلك الأموال .

المادة ٥٠ فقرة ٢ : ومن له حق الانتفاع فى أراض خراجية أو أبعادية يسقط حقه فى الانتفاع اذا ترك الأرض بدون زراعة مدة خمس سنوات . و يشهر حق الانتفاع فى المزاد بالتطبيق للوائح .

المادة ١٠٥ : يكتسب حق الانتفاع فى الأراضى الخراجية بوضع اليد مدة خمس سنوات بشرط أن يكون واضع اليد قائما بزراعتها .

فلم يبق بعد ذلك الا القليل حتى تصبح للملكية الصفة المطلقة التى لها اليوم عندنا والتى لها فى القوانين الأورو بية . وقد صارت لها هذه الصفة بمقتضى القوانين التى صدرت بعد ذلك :

ففى ٢٨ اكتوبر سنة ١٨٨٣ صدرت المجموعة الأهلية ، التى سنت على نسق المجموعة المختلطة ، وجاء فيها أكثر أحكامها ، ولكنها لم تأت بأحكام المواد المتقدمة ، وانما جاء فى المادة ٦ منها « تسمى ملكا العقارات التى يكون للناس فيها حق الملك التام . وتعتبر فى حكم الملك الأطيان الخراجية التى دفعت عنها المقابلة اتباعا للمنصوص بلائحة المقابلة و بالأمر العالى الصادر بتاريخ ٦ يناير سنة ١٨٨٠ » .

وفى ١٥ ابر يل سنة ١٨٩١ صدر أمر عال بالنسبة للقضاء الأهلى فقط ، هذا نصه : « بعد الاطلاع على المادة الخامسة من أمرنا الصادر فى ٦ يناير سنة ١٨٨٠ بالغاء المقابلة : بند ١ — اعتبارا من هذا التاريخ يكون لأرباب الأطيان الخراجية التى لم تدفع عنها المقابلة حقوق الملكية التامة فى أطيانهم أسوة أرباب الأطيان التى دفعت عنها المقابلة بتمامها أو جزء منها » .

فابتداء من هذا التاريخ لم يبق فرق بين الأراضى المملوكة والأراضى الخراجية . ولذلك صدر الأمر العالى الرقيم ٣ سبتمبر سنة ١٨٩٦ بتعديل المادة

السادسة من المجموعة المدنية الأهلية بالكيفية الآتية : « تسمى ملكا العقارات التى يكون للناس فيها حق الملك التام ، بما فى ذلك الأطيان الخراجية » .

هذا بالنسبة للقضاء الأهلى . ويمكن التساؤل هل أصبحت المادة ٥٥٣ الخاصة بالغاروقة ملغاة ، بما أنه لا يجوز الا لأصحاب الأطيان الخراجية دون غيرهم عقد مشارطتها ؟ وقد تكلمنا فى ذلك فى كتابنا « التأمينات الشخصية والعينية »[1]، وقلنا ان عقد الغاروقة أصبح غير مستعمل لابطال صفة موضوعه ، وانه اذا أنشىء عقد فى صورة الغاروقة وجب اعتباره رهنا عاديا خاضعا لقواعد رهن الحيازة .

أما بالنسبة للمجموعة المختلطة فان موادها لم تعدل ، اذ أن الأمرين العاليين الرقيمين ١٥ ابريل سنة ١٨٩١ و ٣ سبتمبر سنة ١٨٩٦ خاصان بالقضاء الأهلى . وعلى ذلك ، على حسب نصوص القانون المختلط ، هل تكون الأراضى خراجية بالنسبة لمن لم يقوموا بدفع المقابلة ؟ قضت المحاكم المختلطة بمعنى المادة ٦ أهلى المعدلة ، واعتبرت جميع الأطيان ملكا لأربابها مطلقا ، لا فرق بين الأطيان الخراجية ، سواء أدفعت عنها المقابلة أم لم تدفع ، وبين الأطيان العشورية ، من حيث الحقوق المتعلقة بالملكية[2] .

٨٠ — (٥) مسموح المصطبة أو مسموح المشايخ — هذه هى الأراضى التى منحها مشايخ البلاد والعمد ، مقابل الخدمات التى كانوا يقومون بتأديتها للحكومة ، وكان لهم أن يشاركوا عليها أو أن يؤجروها ، ولكنهم كانوا يزرعونها كما كان يفعل الملتزمون ، بطريق السخرة ، بواسطة فلاحى ناحيتهم ، ولذلك أصدر سعيد باشا أمره العالى فى ٥ ذى القعدة ١٢٧٤ (١٨٥٨) باعطاء منفعة هذه الأراضى واضعى اليد عليها من الفلاحين ، وقيدت أراضى خراجية بأسمائهم.

---

(١) نبذة ٢٣١ .

(٢) واجع استئناف مختلط أول مايو ١٨٩١ ، ١٩ ابريل ١٩٠٨ (٢٠ ص ١٦٨) .

(ب) الأموال الموقوفة

Biens Wakfs

٨١ — عرفت المادة ٢٢/٧ مدنى الأموال الموقوفة بقولها « الأموال الموقوفة هى المرصدة على جهة بر لا تنقطع ، و يصح أن تكون منفعتها لأشخاص بشروط معلومة حسب المقرر باللوائح فى شأن ذلك » . وعرفها قدرى باشا فى المادة الأولى من كتابه « قانون العدل والانصاف » بقوله « الوقف هو حبس العين عن تمليكها لأحد من العباد والتصدق بالمنفعة على الفقراء ولو فى الجملة أو على وجه من وجوه البر » .

وقد جرى العرف بتسمية الوقف الذى يكون من مبدأ الأمر لجهة بر لا تنقطع بالوقف الخيرى ، والوقف الذى تكون منفعته أولا لأشخاص معلومين بالوقف الأهلى . على أنه لا بد فى كل وقف أن يكون مرجعه جهة بر لا تنقطع[1] .

والأموال الموقوفة تشبه الأموال المخصصة للمنفعة العامة من جهة كونها لا يجوز التصرف فيها ، وتشبه الملك الخاص من جهة جواز امتلاكها بمضى المدة — كما سيجىء عند الكلام فى مضى المدة — ومن جهة جواز حجزها و بيعها ، لمن كان له حق عينى عليها من قبل وقفها . ولذلك يطلق عليها « الأموال ذات الشبهين »[2] .

ولا يجوز لأحد أن يقف ماله اضرارا بمداينيه ، وان وقف كان الوقف باطلا (مدنى ٥٣/٧٦) .

(ج) الأموال المباحة

Les biens libres (Moubah)

٨٢ — عرفت المادة ٢٣/٨ و٢٤ الأموال المباحة بالتعريف الآتى : « الأموال المباحة هى التى لا مالك لها ، و يجوز أن تكون ملكا لأول واضع يد

---

(١) راجع نبذة ٣٦٩ .

(٢) فتحى زغلول باشا ، ص ٥٠ .

عليها . ولا يجوز وضع اليد على الأراضى التى من هذا القبيل الا باذن الحكومة على حسب الشروط المقررة فى اللوائح المتعلقة بذلك » .

وسنعود الى الكلام فيها بالتفصيل عند شرح طرق اكتساب الملكية والحقوق العينية .

(٣) تقسيم الأموال الى خاصة وعامة

Biens Privés et Biens Publics

٨٣ — تنقسم الأموال ، بالنسبة لمالكيها ، الى أموال خاصة وأموال عامة (١) .

وقد عرف القانون المصرى الملك فى المادة ٦/٢٠ . وتكلم فى الأموال العامة فى المادتين ٩ و١٠ من المجموعة الأهلية والمادتين ٢٥ و٢٦ من المجموعة المختلطة .

٨٤ — *تعريف الأموال الخاصة والعامة* — الأموال الخاصة هى المملوكة للأفراد ، سواء أكانت منقولة أم ثابتة ، ولهم فيها حق الملك التام (مدنى ٦/٢٠) ، فلهم أن يتصرفوا فيها بكل التصرفات .

والأموال العامة هى الأموال المخصصة للمنافع العامة ، وهى فى يد الحكومة بصفتها حارسة عليها ، لا بصفتها مالكة لها ، أما ملكيتها فللأمة .

٨٥ — **أملاك الدولة** Les biens domaniaux ou le domaine

ليست الأموال المخصصة للمنافع العامة هى كل الأموال التى تحت يد الحكومة : بل هناك أموال أخرى فى يدها أيضا ، ولكنها ليست مخصصة للمنفعة العامة ، وهى التى تملكها وتديرها ككل الأفراد بصفتها شخصا اعتباريا .

ولذلك تنقسم الأملاك الميرية ، أى أملاك الدولة التى فى يد الحكومة ، الى أملاك ميرية مخصصة للمنفعة العامة domaine public de l'Etat ، وأملاك

---

(١) تكلم القانون الفرنسى فى هذا التقسيم فى فصل خاص جعل عنوانه « الأموال فى علاقتها بمن يحوزها Des biens dans leur rapport avec ceux qui les possèdent » (المادة ٥٣٧ وما بعدها) .

ميرية خاصة domaine privé de l'Etat ، وتسمى هذه الأخيرة أيضا « أملاك الميرى الحرة الخصوصية » [١] .

٨٦ — **الفرق بين أملاك الدولة العامة وأملاكها الخاصة** — الفرق بين النوعين هو أن أملاك الدولة الخاصة ، كالأموال الخاصة المملوكة للأفراد ، يجوز بيعها والتصرف فيها بجميع التصرفات ، كما يجوز امتلاكها بمضى المدة ، بخلاف أملاك الدولة المخصصة للمنفعة العامة . وقد جاء فى المادة ٩ :

« الأملاك الميرية المخصصة للمنافع العمومية لا يجوز تملكها بوضع يد الغير عليها المدة المستطيلة ، ولا يجوز حجزها ، ولا بيعها . انما للحكومة دون غيرها التصرف فيها بمقتضى قانون أو أمر » [٢] .

« Le domaine public de l'Etat est imprescriptible, insaisissable, inaliénable.

Le gouvernement seul peut en disposer par loi ou par décret... » .

وليس للمحاكم الأهلية ، بمقتضى المادة ١٥ من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية ، ولا للمحاكم المختلطة بمقتضى المادتين ١١ من لائحة ترتيب المحاكم المختلطة و ٧ من المجموعة المدنية المختلطة ، أن تحكم فيما يتعلق بأملاك الدولة العامة من حيث الملكية ، أى أنه متى ثبت لدى المحكمة أن الأموال من الأموال العامة لا تحكم فى الدعوى التى ترفع اليها ، ولكن اذا كانت صفة الأملاك العامة متنازعا فيها فان المحكمة تحقق ان كانت عامة أو لا ، ومتى ثبت أنها عامة

---

(١) والظاهر أن تقسيم أملاك الدولة الى أملاك عامة وأملاك خاصة كان معروفا فى القانون الرومانى ، فقد فرق فقهاء الرومان بين الأموال quae sunt in usu publico والأموال (Dig. liv. XVIII, tit. 1, fr. 6, pr. et fr. 72, § 1) in pecunia populi, ou in partimonio fisci. فالأولى كانت معتبرة مملوكة لكل الناس ، فكانت تسمى أموالا عامة loca publica, res publicæ ، والثانية كانت تسمى الأشياء المملوكة للخزانة res fisci, res fiscales (راجع بلانيول وريبير وبيكار ١١٧ هامش ٢ ص ١١٩) .

(٢) وقد نص القانون على هذه الصفات الثلاث بهذا الترتيب ، وكان الأولى الابتداء بالصفة الأخيرة ، أى عدم جواز البيع ، لأن الصفتين الأخريين ، وهما عدم جواز الامتلاك بمضى المدة ، وعدم جواز الحجز ، نتيجتان لهذه الصفة .

فلا تسمع دعوى الأفراد بخصوص الملكية فيها . غير أن للمحاكم (الأهلية أو المختلطة) أن تقضى للأفراد بالتعويضات على الحكومة اذا كانت الحكومة قد خالفت القوانين واللوائح .

أما بالنسبة للأموال الخاصة للدولة أو أموال الأفراد الخاصة فلا يوجد هذا الحظر [١] .

٨٧ — *طبيعة حق الدولة فى الاملاك العامة* — من رأى بعض الشراح أن الدولة ليس لها على الأملاك العامة ملكية حقيقية ، بل لها عليها نوع من الولاية أو الاشراف ، أى واجب الحفظ والمراقبة والادارة .

ويرى آخرون أن حق الدولة هو حق ملكية حقيقى ، وان كانت الأموال العامة لا تخضع لقواعد القانون المدنى الخاصة بالملكية ، لأن الملكية تتكون من ثلاثة عناصر : حق الاستعمال usus ، وحق الاستغلال fructus ، وحق التصرف abusus . فأما حق الاستعمال فلا تملكه الدولة ، بل يملكه عموم الناس ، حتى الأجانب . وحق الاستغلال غير موجود ، لأن هذه الأموال فى الغالب لا تنتج ثمارا . وحق التصرف ليس له محل هنا ، لأن الاستعمال العام الذى تخضع له هذه الأموال يجعلها غير قابلة لأن تنقل أو لأن تتحمل حقوقا عينية . ولكن هذا لا ينفى أن للدولة حقوقا أكثر من التى تنشأ من مجرد الحفظ والمراقبة .

ويقول بعضهم انها حقوق من نوع خاص تشبه حق الملكية من بعض الوجوه .

وهناك أمثلة عديدة فى القانون يؤخذ منها أن حق الدولة حق ملكية :

(١) فالمحاكم الفرنسية تقرر لمصلحة الدولة وجود دعوى استحقاق action en revendication حقيقية .

---

(١) وبما أن الأموال المخصصة للمنفعة العامة هى لمنفعة الجمهور فكل تعد عليها من شأنه أن يمنع العامة من الانتفاع بها يخول كل فرد — كما قضت بذلك محكمة أجا — أن يطلب منع هذا التعدى الذى ينتقص من حق الانتفاع المخول له بحكم القانون ، وبذلك تكون الدعوى المرفوعة من أى فرد مقبولة شكلا لتوافر المصلحة فيها (أجا الجزئية ١٥ ابريل ١٩٢٥ المحاماة ٦ رقم ١٢٠ ص ١٦٩) .

(ب) للدولة الحق فى رفع دعاوى وضع اليد actions possessoires لمنع التعدى الذى يحصل على متعلقات الملك العام .

(ج) للدولة حق منح امتيازات concessions فى الأملاك العامة ، كاجارة الشواطىء لوضع أكواخ خشبية للاستحمام .

(د) الحاصلات الطبيعية التى تنمو فى الطرق والأشجار ملك خاص للدولة ، الخ [1] .

تحديد الأملاك العامة

٨٨ — لما كان تخصيص عين للمنافع العامة هو اخراجها عن الملك ، وهو الأصل ، فقد تحددت الأملاك العامة فى القانون .

٨٩ — *المجموعة المختلطة* — نصت المجموعة المختلطة فى المادتين ٢٥ و٢٦ على الأموال العامة .

فجاء فى المادة ٢٥ :

« أملاك الميرى ، كالاستحكامات والمين وغير ذلك ، لا تقبل أن تكون ملكا لأحد » .

«Les biens de l'Etat, tels que fortifications, ports etc. ne sont pas susceptibles d'une propriété privée ».

---

(١) راجع ما سيجىء نبذه ١١٤ .

وكانت محكمة الاستئناف المختلطة قضت بأنه ليس للحكومة أن تنتفع من ملكها العام ، حتى فى حالة وضع اليد غير المصرح به occupation indue ، بأن تطالب — فى دعوى الاستحقاق المرفوعة بشأن جزء من الملك العام — بتعويض مقابل الحيازة غير المصرح بها . استئناف مختلط ٣ مارس ١٩٠٤ (١٦ ص ١٥١) . ولكن يظهر أنها عدلت عن ذلك ، اذ قضت بأن للحكومة طلب تعويض مقابل حيازة العقار . فلمصلحة السكك الحديدية الحق فى طلب تعويض ممن يزرع الخندق المتد بجوار شريط السكة الحديدية . استئناف مختلط ٢٦ مايو ١٩٠٤ (١٦ ص ٢٨١) ، ١٦ مارس ١٩١١ (٢٣ ص ٢٢٦) ، أول يونيه ١٩٢٠ (٣٢ ص ٣٣٩) .

وفى المادة ٢٦ :

« كذلك الحال بالنسبة للأموال المعدة لمنفعة عمومية ، كالطرق والقناطر وشوارع المدن وغير ذلك » .

«Les biens servant à l'utilité publique, comme les routes, ponts, rues des villes, etc., sont dans le même cas ».

ولم تأت المواد المختلطة ببيان للأموال العامة كالذى جاءت به المادة ٩ من المجموعة الأهليـة ، ولم تنص على ضابط يفرق بين أملاك الدولة العامة وأملاكها الخاصة ، بل قالت ان الأموال العامة هى المعدة لمنفعة عموميـة ، وضربت بعض أمثلة لها . ولم يذكر القانون المختلط ما ذكره القانون الأهلى من النص بصفة جليـة على أن الأملاك العامة لا يجوز بيعها ولا حجزها ولا امتلاكها بمضى المدة . ولكن المحاكم المختلطة طبقت هذه القاعدة عليها كما جاء فى المادة ٩ من المجموعة الأهلية كما سيجىء .

٩٠ — **المجموعة الأهلية** — بعد أن نصت المادة ٩ على أن الأملاك العامة لا يجوز التصرف فيها ، ولا حجزها ، ولا امتلاكها بالتقادم ، جاءت ببيان لهذه الأموال ذكرته فى احدى عشرة فقرة ، وأكمل بالمادة العاشرة . وسنأتى فى النبذ التالية بهذه الفقرات ، ثم بالمادة العاشرة .

٩١ — **المادة ٩** — تشمل الأملاك العامة :

« **اولا** — الطرق والشوارع والقنـاطر والحوارى التى ليست ملكا لبعض أفراد الناس » .

« 1° Les chemins, routes, ponts et rues qui n'appartiennent pas à des particuliers».

ويلاحظ أنه لاعتبار شارع من الأملاك المعدة للمنافع العامة لا يشترط أن توجد مصلحة تنظيم فى الجهة التى يكون فيها هذا الشارع .

وللأفراد الحق فى فتح طرق أو شوارع فى ملكهم ، ولهم أن يأذنوا بالمرور فيها للناس ، من غير أن يترتب على ذلك خروج هـذه الشوارع من ملكهم

الخاص لتصبح من الأملاك العامة . فالمادة ٩ من الأمر العالى الصادر فى ٢٦ أغسطس سنة ١٨٨٩ ، بخصوص أحكام مصلحة التنظيم ، لا تتطلب من المالك الذى يفتح طريقا الا أن يسد طرفى الطريق بسلسلة أو باب . ولكى ينتقل الشارع من الملك الخاص الى الملك العام لا بد من التنازل عنه صراحة أو دلالة . ويكون التنازل دلالة كما لو أجرت السلطة بعض الأعمال الخاصة بالطرق العامة ، كوضع النور والرصف ، وسكت المالك عن ذلك .

وسنرى فيما يلى أنه يجوز اكتساب الملك العام بالتقادم .

٩٢ — «ثانيا — السكك الحديدية وخطوط التلغرافات الميرية» .

« 2° Les chemins de fer et les lignes télégraphiques de l'Etat ».

وقد جاء فى المنشور الصادر من باشمعاون خديوى فى ٢٠ المحرم سنة ١٢٨١ — ٢٥ يوليه سنة ١٨٦٤ أن :

« الأراضى المجاورة لجانبى السكة الحديد لا يجوز بيع شىء منها ما لم يكن من بعد كل خندق من الجهتين بخمسة أقصاب . والغير جائز التصريح ببيعه انما هو جسر السكة والجنابيتان المجاورتان له والجسران اللذان بجانبهما المعدان للمرور والعبور كما هو مرسوم ومقنن من ديوان الأشغال والسكة الحديد ، بما أن ذلك من الجسور والطرق العمومية التى لا يجوز فيها بيع ولا شراء ، وما عدا ذلك بالطبع يجرى فيه البيع والشراء بخلافه ، وأما أرض الخنادق عند جفافها من الماء اذا كانت تستعد للزراعة وتكون من المضاف بالمال أو بالعشور فيمكن للمضافة عليه الانتفاع بزراعتها بحيث ان الزراعة التى تجرى بها لا تضر بسكة الحديد ولا يترتب منها حرمان مرور المياه الصيفى أو الشتوى بالخنادق المذكورة » (١) .

---

(١) وهذا نصه باللغة الفرنسية :

" La vente d'une partie ou de la totalité des terres voisines des deux côtés des lignes de chemins de fer n'est permise qu'au delà d'une distance de cinq kassabas à partir des fossés qui se trouvent des deux côtés des digues qui sup-=

وكما قررت محكمة الاستئناف المختلطة ان نص المنشور المذكور المحرر باللغة الفرنسية والملحق بلائحة الأطيان السعيدية تحت رقم ١٤ ليس مطابقا لأصل النص العربى ، وفيه حكمان يناقض أحدهما الآخر ، اذ أن النص العربى لو ترجم ترجمة مضبوطة وأول تأويلا سليما لظهر منه : أولا أن جسر السكك الحديدية والخندقين المجاورين له والجنابيتين[1] المجاورتين للخندقين المعدتين (أى الجنابيتين) للمرور والعبور هى ملك الدولة ملكا مطلقا ، لا يجوز فيها البيع والشراء ولا التملك بمضى المدة ولا تدخل فى التجارة بهذه الصفة ، وثانيا أن الأرض الواقعة فى منطقة خمس أقصاب (أى سبعة عشر مترا وخمسة وسبعين سنتيمترا) من بعد الجنابيتين المجاورتين للخندقين ليست ملكا لمصلحة السكك الحديدية الأميرية ، ولا حق لها فى تحصيل ايجارها ، وانما عند انتقال ملكية هذه الأراضى يكون لمصلحة السكك الحديدية الحق فى أن تتدخل لتتفق مع المشترى على شروط التملك وكيفيته ، منعا لما عساه أن يترتب من الضرر لجهة المصلحة ونجاح تشغيل السكك الحديدية . فللسكة الحديدية حق ارتفاق من نوع خاص sui generis لتطمئن من طريقة انتفاع المشترى لهذه الأرض بحيث لا يتعارض انتفاعه مع مصلحتها أو يعطل طريق استغلالها[2] . واذا لم تتدخل المصلحة فليس لها أن

= portent les lignes. Ce qui ne peut pas être vendu, c'est la jetée du chemin de fer, les deux fossés environnants, et les deux jetées qui les séparent et qui sont destinées au passage du public, conformément aux règles établies par le ministère des travaux publics et par l'administration des chemins de fer ; toute autre terre en dehors de cela peut être vendue ou rachetée. En ce qui concerne les fossés, si les terres après dessèchement, sont propres à la culture et frappées de contributions, le contribuable peut les cultiver pourvu que la culture ne nuise pas à la jetée du chemin de fer et n'entrave pas l'écoulement des eaux pendant l'été et l'hiver ".

(١) استئناف مختلط ١٠ مايو ١٩٠٢ (١٤ ص ٢٩٢) ، ٢٧ فبراير ١٩١٨ (٣٠ ص ٢٥٠) ، ٢٢ نوفمبر ١٩٢٢ (٣٥ ص ٤٩) .

(٢) استئناف مختلط ١١ يناير ١٨٩٣ (٥ ص ١٧٧) ، ١٠ مايو ١٩٠٢ (١٤ ص ٢٩٢) ، ١٧ ديسمبر ١٩٠٢ (١٥ ص ٥٩) ، ٢٦ مايو ١٩٠٤ (١٤ ص ٢٨١) ، ١٦ ابريل ١٩١٤ (٢٦ ص ٣٣٥) ، ٢٧ نوفمبر ١٩١٨ (٣٠ ص ٢٥٠) ، ٩ نوفمبر ١٩٢٠ (٣٣ ص ٧) .

تعترض على كيفية استعمال المشترى للأرض .

٩٣ — **خطوط التليفوله** — تعتبر من الأملاك العامة خطوط التليفون الميرية ، بعد شراء الحكومة لها ، فالفقرة الأخيرة من المادة ٩ صريحة فى أن جميع الأموال الميرية المخصصة لمنفعة عمومية بالفعل أو بمقتضى قانون أو أمر تدخل فى الأموال العامة .

٩٤ — « **ثالثا** — الحصون والقلاع والخنادق والأسوار والأراضى الداخلة فى مناطق الاستحكامات ، ولو رخصت الحكومة فى الانتفاع بها لمنفعة عمومية أو خصوصية » .

"3° Les forteresses, citadelles, fossés et remparts, et les terrains compris dans les zones des fortifications, nonobstant la jouissance que l'Etat en aurait concédé pour un intérêt public ou privé".

٩٥ — « **رابعا** — الشواطىء والأراضى التى تتكون من طمى البحر والأراضى التى تنكشف عنها المياه والمين والمراسى والموارد والأرصفة والأحواض والبرك والمستنقعات المستملحة المتصلة بالبحر مباشرة والبحيرات المملوكة للميرى » .

"4° Les rivages, les lais et les relais de la mer, les ports, havres et rades, quais et docks, les marais et étangs salés communiquant directement avec la mer, les lacs appartenant à l'Etat".

وشاطىء البحر المعتبر من الأملاك العامة يشمل الأرض التى يغطيها أعلى أمواج الشتاء [١] .

---

(١) وقد جرى البحث فى جواز امتلاك شاطىء البحر فى العهد السابق على صدور المجموعة المدنية ، فرأت محكمة الاستئناف الأهلية الجواز ، لأن كل شىء ممكن تمليكه فباح امتلاكه الا اذا وجد نص يمنع ذلك (٨ مارس ١٩١٦ الشرائع ٣ رقم ١٤٥ ص ٤٣٠) .

وقضت بعكس ذلك محكمة الاستئناف المختلطة ، اذ قررت أن الشاطىء (والأرض التى تتكون من طمى البحر والأرض التى ينكشف عنها) هى — وقد كانت فى كل وقت ، حتى قبل صدور القوانين المختلطة — من الأملاك العامة (٣ مارس ١٩٠٤ (١٦ ص ١٤٨) .

وقد ذكرت الفقرة الرابعة من المادة التاسعة ، كما فعلت المادة ٥٣٨ من المجموعة الفرنسية ، الأراضى التى تتكون من طمى البحر والأراضى التى تنكشف عنها المياه . ولكن هذه الأراضى تعتبر من الأملاك الخاصة ، لا من الأملاك العامة ، فيجوز بيعها وتملكها بمضى المدة ، من غير أن يفرق هل انقطع انغمارها طبيعة أو بسبب صناعى . وقد جارى القانون المصرى القانون الفرنسى فى الخطأ (١) .

٩٦ — « خامسا — الأنهار والنهيرات التى تمكن الملاحة فيها ، والترع التى على الحكومة اجراء ما يلزم لحفظها وبقائها بمصاريف من طرفها » .

"5° Les fleuves et rivières navigables ou flottables et les canaux dont l'entretien est à la charge de l'Etat".

٩٧ — نهر النيل — يعتبر مجرى النيل (٢) من الأملاك العامة ، وكذلك فروعه ، وجسوره ، ومياهه . وكل مالك تكون أرضه قابلة للاستفادة من مياه

---

(١) ويعزو الشراح الفرنسيون خطأ قانونهم الى عدم الاحتياط فى التعبير ، فقد أراد واضعو القانون بعبارة "faire partie du domaine public" عبارة "appartenir à la nation" وقد كان مدلول العبارتين واحدا قبل القانون الفرنسى ، ومن هنا جاء الخطأ ، فالقانون لم يرد اخراج الأراضى المذكورة من الأملاك الخاصة ، كما أن الأموال الواردة فى المادتين ٥٣٩ و ٥٤١ من الأموال الخاصة ، فهى مملوكة للدولة ، ولكن ليست من الأملاك العامة .

وقد قضت المحكمة المختلطة فى حكمها المؤرخ فى ١٦ مارس سنة ١٩١١ (٢٣ ص ٢٢٦) ، بأن الأراضى التى تتكون من طمى البحر والأراضى التى ينكشف عنها ليست من الأملاك العامة . وكان قد قضى بعكس ذلك حكمها الصادر فى ٣ مارس سنة ١٩٠٤ (١٦ ص ١٤٨) .

(٢) ويبتدىء مجرى (lit) النهر من الخط الذى يقف عنده أعلى مياهه . فبالنسبة للنيل يبتدىء من النقطة التى يصل اليها فيضانه العادى ، لا من النقطة التى تنزل اليها مياهه عند شدة انخفاضها . وهذا الخط لا يحدد فقط بالمتوسط بين أعلى مياه يصل اليها فى أعلى فيضان وأعلى مياه يصل اليها فى أخفض فيضان ، خلال عدد قليل من السنين ، بل يجب أن يكون بناء على المتوسط فى مدة طويلة من السنين ، ما عدا السنين التى يكون فيها العلو أو الانخفاض استثنائيا (استئناف مختلط ٦ ابريل ١٩٢٦ (٣٨ ص ٣٢٦) ، ٩ ابريل ١٩٢٩ (٤١ص ٣٤٦) .

النيل يكون له الحق فى الانتفاع بجزء من هذه المياه .

٩٨ — **الترع** — بمقتضى الأمر العالى الصادر فى ٢٢ فبراير سنة ١٨٩٤ تنقسم الترع الى ترع عمومية وترع خصوصية ، كما سيجىء عند التكلم فى حقوق الارتفاق . والترع العمومية من الأملاك العامة . أما الترع الخصوصية canaux privés ، ويعبر عنها فى الأمر العالى بعبارة مساق خصوصية rigoles ، فمعتبرة أملاكا خاصة .

٩٩ — **جسور الترع** — قرر بعض المحاكم[1] أن جسور الترع العمومية لا تدخل بطبيعتها فى الأملاك العامة ، بل بالعكس هى مملوكة فى الأصل للملاك المجاورين .

ولكن الرأى الصحيح[2] هو أن جسور الترع من الأملاك العامة[3] .

١٠٠ — « **سادسا** — المين والمرافىء والأرصفة والأراضى والمبانى اللازمة للانتفاع بالأنهار والنهيرات والترع المذكورة ولمرورها » .

"6° Les ports, abordages, quais, terrains et bâtiments servant à l'exploitation ou au passage des dits fleuves, rivières et canaux".

١٠١ — « **سابعا** — الجوامع وكافة محلات الأوقاف الخيرية

"7° Les mosquées et tous établissements pieux, d'instruc-

---

(١) الاسكندرية المدنية أول فبراير ١٩٢٧ جازيت ١٧ ص ٢٤٤ رقم ٣٥٠ .

(٢) من هذا الرأى : استئناف مختلط ٩ ابريل ١٩٢٩ (٤١ ص ٣٤٦)، ١٩ مارس ١٩٠٠ (١٤ ص ١٩١) ، ٢٣ مارس ١٩١٧ (٢٩ ص ٢٨٧) — استئناف أهلى ٢ يونيه ١٨٩٧ الحقوق ١٢ ص ٣٦٩ ، ٢٤ مارس ١٩١٤ المجموعة ١٥ ص ١٨١ رقم ٩٢ .

(٣) راجع كتابنا « الملكية والحقوق العينية » الجزء الأول نبذة ١١٨ .

المخصصة للتعليم العـام أو للبر والاحسان سواء كانت الحـكومة قائمة بادارتها أو بصرف ما يلزم لحفظها و بقائها » .

tion publique ou de charité, dont l'entretien ou l'administration est à la charge de l'Etat".

١٠٢ — « ثامنا — العقارات الميرية مثل السرايات والمنـازل وملحقاتهـا المخصصة لاقامة ولى الأمر أو للنظارات أو المحافظات أو المديريات ، وعلى وجه العموم كافة العقارات المعدة لمصلحة عمومية » .

"8° Les immeubles appartenant à l'Etat, tels que les palais, les maisons et dépendances affectés à la résidence du souverain, aux ministères, gouvernorats, moudiriehs et plus généralement tous ceux qui sont destinés à un service public".

١٠٣ — « تاسعا — الترسانات والقشلاقات والأسلحة والمهمات الحربيـة والمراكب الحربيـة ومراكب النقل أو البوستة » .

"9° Les arsenaux et casernes, les armes et le matériel de guerre, les bâtiments de guerre, de transport ou de poste".

١٠٤ — « عاشرا — الدفترخانات العموميـة والانتـكخانات والـكتبخانات المـيرية والآثار العمومية وكافة ما يكون مملوكا للحكومة من مصنوعات الفنون أو الأشياء التاريخية » .

"10° Les archives nationales, les musées et bibliothèques, les monuments et tous les les objets d'art et d'histoire appartenant à l'Etat".

وقد نص على اعتبار الآثار من الأملاك العـامة فى كثير من القوانين والأوامر ، وعلى الأخص :

فى القانون رقم ١٤ الصادر فى ١٢ يونيه سنة ١٩١٢ بشأن الآثار .

وفى القانون رقم ٨ الصادر فى ١٣ ابريل سنة ١٩١٨ بشـأن حماية آثار

العصر العربى .

١٠٥ — « حادى عشر — نقود الميرى وعلى وجه العموم كافة الأموال الميرية المنقولة أو الثابتــة المخصصة لمنفعة عموميــة بالفعل أو بمقتضى قانون أو أمر » .

" 11° Les deniers publics et, d'une façon générale, tous les biens meubles ou immeubles de l'Etat affectés en fait ou par loi ou décret à un service d'utilité publique".

فنقود الحكومة غير قابلة للحجز ، خصوصا النقود الموجودة داخل خزائنها أو المعدة لدخولها فيها ، ويلزم ابطال الحجز الواقع عليها ، ولو كانت تلك النقود تحت يد الغير ، لأن ذلك لا ينفى عنها صفتها العامة المكتسبة لها بمقتضى قانون أو بمقتضى تخصيصها الطبيعى .

وقد حكم بنــاء على الجزء الأخير من الفقرة الحادية عشرة بأن أراضى الأجران لا يمكن امتلاكها بوضع اليد المدة الطويلة ، لأنها من أملاك الدولة المخصصة للمنافع العامة بالفعل ، اذ يؤخذ من لائحة المساحة الصادرة فى ٨ ربيع الثانى سنة ١٢٧١ (سنة ١٨٥٥) ، والمادة ١٨ من لائحة المقابلة الصادرة فى ٣٠ أغسطس سنة ١٨٧١ ، أن الأجران فى الوجه البحرى ملك الحكومة وزعتها على الأراضى المزروعة بنسبة نصف فدان لكل مائة فدان وتجاوزت عن الضريبة عليها من سنة ١٨٩٩ ، وذلك للمنفعة العامة للأهلين .

والجبانات المعدة للدفن من الأملاك العامة ، سواء أنشئت بأمر أم بفعل الناس بغير أمر .

١٠٦ — المادة ١٠ — أضافت المــادة ١٠ أهلى بعض حقوق الارتفاق على الأموال العامة ، اذ قررت أنه :

« يعد أيضا من الأملاك الميرية المخصصة للمنــافع العمومية حقوق التطرق المتعلقة بالشوارع ومجارى المياه

«Font également partie du domaine public de l'Etat, les servitudes de voirie, de cours d'eau, de travaux publics,

والأشغال العمومية والأعمال الحربية وعلى وجـه العموم كافة ما تقتضيه حقوق الارتفاق التى تستلزمها ملـكية الأملاك الميرية المذكورة أو توجبها القوانين والأوامر الصادرة لمنفعة عمومية » .

les servitudes militaires, et plus généralement toutes les servitudes actives de droit commun attachées à la propriété du Domaine Public ou pouvant résulter de lois ou décrets rendus en vue de l'utilité publique ».

١٠٧ — ***الأموال العامة لم تذكر بطريق الحصر*** — يرى مما تقدم :

(١) من الفقرة الثامنة من المادة ٩ من المجموعة المدنية الأهلية ، التى جاء فيها : « وعلى وجه العموم كافة العقارات المعدة لمصلحة عمومية » .

(٢) من الفقرة الحادية عشرة من المادة ٩ المذكورة التى جاء فيها : « وعلى وجه العموم كافة الأموال الميرية المنقولة أو الثابتة المخصصة لمنفعة عمومية بالفعل أو بمقتضى قانون أو أمر » .

(٣) من الفقرة الأخيرة من المادة ١٠ التى جاء فيها : « وعلى وجه العموم كافة ما تقتضيه حقوق الارتفاق التى تستلزمها ملـكية الأملاك الميرية المذكورة أو توجبها القوانين والأوامر الصادرة لمنفعة عمومية » .

يرى من هـذه النصوص أن القانون لم يذكر الأموال العامة بطريق الحصر ، بل ان ما ذكر بها من الأموال جاء على سبيل التمثيل . فبناء على ما ورد فى القانون من أن جميع الأموال المخصصة لمنفعة عامة بالفعل أو بمقتضى قانون أو أمر تعـد من الأموال العامة ، تعتبر كذلك كل الأموال التى تحوز الصفة المذكورة ، ولو لم تكن واردة بالنص فى المادتين ٩ ، ١٠ .

وكذا الحال بالنسبة للقانون المختلط ، فانه بناء على النص العام الوارد فيه ، من أن الأموال العامة هى المعدة لمنفعة عمومية ، قد اعتبرت من الأموال العامة الأموال الوارد ذكرها فى القانون الأهلى ، ولو لم تكن مبينة فى القانون المختلط .

ويلاحظ مما تقدم أيضا أنه لا يشترط أن تكون الأموال العامة مخصصة

لمنفعة كل الناس ، بل يكفى أن تكون مخصصة للمنفعة العامة ، مثل القشلاقات ، فانها غير مخصصة لاستعمال أو منفعة جميع الناس ، ومع ذلك فهى من الأملاك العامة .

١٠٨ — فيصل التفرقة بين الأموال العامة والأموال الخاصة — لم يتفق الشراح الفرنسيون على قاعدة . ولا يجدى الرجوع الى المجموعة المدنية الفرنسية ، اذ لم ترد فيها عبارة « الأملاك الخاصة للدولة domaine privé de l'Etat » ، وكان من اللازم ذكرها ، فضلا عن أن القانون أورد ضمن الأملاك العامة أموالا هى بالتحقيق من الأموال الخاصة ، مثل الأراضى التى تتكون من طمى البحر والأراضى التى تنكشف عنها المياه ، المذكورة فى المادة ٥٣٨ ، والأموال التى لا مالك لها وأموال الأشخاص الذين يتوفون بدون ورثة ، المذكورة فى المادة ٥٣٩ .

وقد كانت عبارة «appartenir à la nation» وعبارة «Faire partie du domaine public» معتبرتين مترادفتين عند واضعى قانون سنة ١٧٩٠ ، وقد جارتهم المجموعة المدنية الفرنسية فى هذا الاعتبار ، ولذلك عند ما تذكر المجموعة أن هذا المال من الأملاك العامة domaine public لا تقصد أن تخرجه من الأملاك الخاصة domaine privé .

ولكن متى يكون المال من الأملاك العامة ، ومتى يكون من الأملاك الخاصة ؟ لم يأت القانون الفرنسى بتفصيل فى هذا الموضوع . وانقسم الشراح الى عدة آراء (١) .

أما القانون المصرى فقد ذكر فى آخر الفقرة الحادية عشرة من المادة ٩ من المجموعة المدنية الأهلية أن : كافة الأموال الميرية المنقولة أو الثابتة المخصصة لمنفعة عمومية (٢) tous les biens meubles ou immeubles de l'Etat

---

(١) راجع كتابنا « الملكية والحقوق العينية » الجزء الأول نبذة ١٣٠ .
(٢) يلاحظ أن القانون فى النسخة العربية استعمل فى المادتين ٩ و ١٠ عبارة «الأملاك =

affectés.. à un service d'utilité publique، ففيصل التفرقة فيه هو فى تخصيص الشىء لمنفعة عامة أو لمنفعة جميع الناس l'affectation d'une chose à un service d'utilité publique ، وهذا التخصيص قد يكون طبيعيا ، كما هو الحال بالنسبة للأنهار ، أو بناء على رغبة السلطات العامة ، كما هو الحال بالنسبة للطرق .

كيف تصير الأموال من الأموال العامة

١٠٩ — التخصيص للمنفعة العامة فعلا أو بمقتضى قانون أو أمر — تنص المادة ٩ ، فى فقرتها الأخيرة ، على أن الأموال العامة تشمل الأموال الميرية المخصصة لمنفعة عمومية بالفعل أو بمقتضى قانون أو أمر . وتنص المادة ١٠ على أنه يعد من الأملاك الميرية المخصصة للمنفعة العمومية جميع ما تقتضيه حقوق الارتفاق التى تستلزمها ملكية الأموال الميرية المذكورة أو توجبها القوانين أو الأوامر الصادرة لمنفعة عمومية . فمن هذين النصين يرى :

(١) أن كل الأموال المملوكة للحكومة التى خصصت فعلا لمنفعة عامة تعتبر من الأموال العامة ، ولو لم يصدر بذلك قانون أو أمر .

ويؤخذ من المادة ٩ أن الأموال التى تصبح عامة بتخصيصها بالفعل لمنفعة عامة هى الأموال الخاصة للدولة ، اذ تقول المادة « الأموال الميرية » . أما الأموال الخاصة المملوكة للأفراد فلا تصير عامة الا اذا اتخذت بشأنها اجراءات نزع الملكية .

وقد سار القضاء على أنه يجوز اكتساب عين من الأملاك الخاصة المملوكة للأفراد للمنافع العامة اذا مضت المدة القانونية للتقادم المكسب . وطبقت المحكمة المختلطة ذلك بالنسبة للأراضى التى تضع السكة الحديدية يدها عليها ، وتخصصها

= الميرية المخصصة للمنافع العمومية » مقابل عبارة «domaine public de l'Etat» . والترجمة الصحيحة للعبارة الفرنسية هى « الأملاك العامة للدولة » .

للمنفعة العامة ، باقامة مبان عليها ، أو بوضع شريط السكة الحديدية ، ويمضى على ذلك خمس عشر سنة [1] .

(٢) تصير الأموال كذلك من الأموال العامة اذا خصصت للمنفعة العامة بمقتضى قانون أو أمر ، ولكن يشترط أن ينص فى القانون أو الأمر على أن الأموال مخصصة للمنفعة العامة ، ولا يكفى أن يذكر فى القانون أو الأمر أنها من أملاك الدولة ، والا اعتبرت من أموالها الخاصة .

والقوانين التى تعتبر الأموال من الأملاك العامة كثيرة ، مثل :

(ا) أوامر نزع الملكية للمنافع العامة ، ويذكر فيها أن الأموال تصير ملكا للحكومة وأنها مخصصة للمنافع العامة .

(ب) القانون رقم ١٤ لسنة ١٩١٢ بشأن الآثار ، الذى اعتبر أن أراضى الحكومة المقررة أو التى سيقرر أنها أثرية تعد جميعها من أملاك الدولة (المادة ٦ منه) ، وأن جميع الآثار المحفوظة أو التى ستحفظ فى متاحف الدولة تعد أموالا عامة (المادة ٧ منه) ، وأنه يجوز نزع ملكية العقار الذى يوجد عليه أثر عقارى ، وذلك للمنافع العامة (المادة ٨ منه) .

١١٠ — *اثبات التخصيص للمنفعة العامة* — يجوز اثبات تخصيص المال للمنفعة العامة أمام القضاء بكل الطرق القانونية .

ما يترتب على صيرورة الأموال مخصصة للمنفعة العامة

١١١ — متى صار المال من الأموال العامة فلا يجوز التصرف فيه ، ولا حجزه ، ولا امتلاكه بمضى المدة كما تقدم .

١١٢ — *عدم جواز التصرف فى الأموال العامة* inaliénabilité — ليس للسلطات العامة الا حق الادارة والحفظ ، فليس لها التصرف فى الأموال العامة .

---

(١) استئناف مختلط ٢٨ مايو ١٩٠٠ (١٢ ص ٢٩٤) ، الاسكندرية المدنية ٣٠ أبريل ١٩١٢ جازيت ٢ ص ١٦٤ . راجع أيضا استئناف أهلى ١٣ يناير ١٩٢٠ المجموعة ٢١ رقم ٩١ ص ١٤٧ .

ولا يجوز ترتيب حق عينى على الأموال العامة ، لأن ذلك نوع من التصرف فيها ، وهو غير جائز . فلا يجوز اذن أن يقرر حق الارتفاق على ملك من الأموال العامة ، سواء أكان ذلك بالاتفاق أم بمضى المدة كما سيجىء ، ولكن يجوز أن يقرر حق ارتفاق لمصلحة الأموال العامة على الأموال الأخرى (١) .

١١٣ — ثمار الأموال العامة — للحكومة أن تبيع ثمار الأموال المخصصة للمنفعة العامة ، اذا كانت تنتج ثمارا ، لأن هذه الثمار لا تكون مخصصة للمنفعة العامة . كذلك يجوز للحكومة أن تؤجر الأملاك العامة ، لأنه ليس معنى عدم جواز التصرف أن الادارة يجب عليها أن تنزل بصفة مطلقة عن الاستفادة بهذه الأموال ، بل ان قاعدة عدم جواز التصرف تفرض فقط أن الأموال المعتبرة من الأملاك العامة يجب ألا تتحول عن تخصيصها للمنفعة العامة ، ولذلك فمن المقرر أن ايجار الأموال العامة ، وكذلك التصرف بالبيع فى حاصلاتها ، يجب أن يعتبر صحيحا ، ما دام أن تخصيصها للمنفعة العامة يبقى محترما ، وما دام أن الأمر يقتصر على جلب كسب يدخل فى الخزانة العامة للدولة فيفيد المجموع .

و بناء على ما تقدم يجوز للحكومة أن تؤجر حق الصيد فى الأنهار بشرط ألا يغير ذلك من تخصيص المال للمنفعة العامة . ولها أن تصرح باقامة أرائك (دكك) ونحوها بصفة مؤقتة على الطرق العمومية ما دام أن المصلحة العامة لا تضار بذلك . غير أنه لا يمكن اكتساب أى حق بمضى المدة ، لأن منح هذه الأعمال هو من قبيل التسامح acte de tolérance فقط . وللحكومة أن تبطل الرخص التى تمنحها الأفراد عند ما ترى مصلحة فى ذلك .

١١٤ — عدم جواز حجز الأموال العامة Insaisissabilité — لا يجوز حجز الأموال العامة ، سواء أكانت ثابتة أم منقولة . وهذه القاعدة — التى هى من النظام العام — قاعدة مطلقة ، ولا استثناء لها . وقد حكم بناء عليها

---

(١) راجع المادة ١٠ .

بأن حجز أموال الحكومة العامة الذى يجريه دائن قيد دينه فى الميزانية هو حجز باطل بطلانا مطلقا [١] .

١١٥ — عدم جواز امتلاك الأموال العامة بالتقادم impreseriptibilité — الأموال العامة ليست قابلة للامتلاك بمضى المدة ، ولا لأن يكتسب عليها حق متفرع من الملكية كما تقدم . وبناء على ذلك :

(١) لا يمكن أن يكتسب بمضى المدة الطويلة حق المطل على مسجد موقوف ومخصص للعبادة ، لأنه أصبح بذلك من المحال المخصصة للمنافع العامة ، اذ من المقرر شرعا أن المسجد يزول ملكه عن الواقف بمجرد وقفه والصلاة فيه . واذا كان المسجد لا تقوم الحكومة بادارته أو صرف ما يلزم لصيانته وفقا للمادة ٩ فيمكن اكتساب حق المطل عليه بمضى المدة [٢] .

(٢) لما كانت السكك الحديدية من الملك العام فلا يجوز الادعاء بحقوق ملك أو ارتفاق لمن وضع سلما على جسر السكة الحديد للصعود عليه ، ومضى على وضع ذلك السلم عدة سنين ، ولو كان ذلك باذن صريح أو تساهلا من المصلحة [٣] .

تحويل الأموال العامة الى أموال خاصة

١١٦ — يحصل تحويل الأموال العامة الى أموال خاصة بالطرق الآتية :

أولا — بصدور قانون أو أمر عال ينقل المال من الأملاك العامة الى الأملاك الخاصة . وهذه هى الطريقة المعتادة بالنسبة للعقارات [٤] .

ثانيا — لكل ادارة من ادارات الحكومة أن تقرر أن المال الذى كان

---

(١) كتابنا « الملكية والحقوق العينية » ١ نبذة ١٣٩ — استئناف مختلط ٧ فبراير ١٨٧٩ المجموعة الرسمية المختلطة ٢ ص ١٠٨ بخصوص عدم جواز وضع الحراسة على الأموال العامة inséquestrabilité .

(٢) استئناف أهلى ٧ مايو ١٩١٢ المجموعة ١٣ ص ٢٤١ رقم ١١٥ .

(٣) استئناف مختلط ١٠ يناير ١٨٧٨ بوريللى ورويلنس .

(٤) انظر الأمر العالى الصادر فى ٢٤ يوليه ١٨٨٩ بخصوص سراى الرمل .

مخصصا للمنفعة العامة لم يعد مؤديا الفائدة أو صالحا للاستعمال العـام الذى كان مخصصا له . ومثل هذا القرار يزيل صفة المال العامة و يلحقه بملك الدولة الخاص ، و يسمى بالفرنسية déclassement ، أى الاخراج .

وتطبيقا لذلك يجوز لمصلحة السكة الحديدية أن تبيع القطارات القديمة . ولوزارة الحربية ، الفصل فيما اذا كانت المهمات والأدوات الحربية قابلة للاستعمال أم لا . ولها أن تقرر متى وكيف تنزع صفة الملك العام عن تلك المهمات والأدوات لتدخل فى ملك الدولة الخاص (١) .

ثالثا — قد لا يحتاج الأمر الى قرار من الحكومة ، كما اذا فقد المال المعتبر من الأملاك العامة صفته العامة ، كأن تصبح الأنهار أو النهيرات لا تمكن الملاحة فيها ، أو كما اذا غير النهر مجراه ، فان الأراضى التى تتخلف عنها المياه لا تبقى ضمن الأموال العامة .

والأراضى التى لم تبق مجرى للترعة مخصصا للاستعمال العام تدخل فى ملك الدولة الخاص ، بدون حاجة لأمر صريح من السلطة الادارية ينقلها الى الأملاك الخاصة .

وقطعة الأرض التى تصبح بسبب تعـديل جسر غير داخلة فيه ، وتفقد بذلك تخصيصها للمنفعة العامة ، تدخل فى الأملاك الخاصة للدولة .

١١٧ — والقاعدة أنه اذا كان المال معتبرا من الأموال العامة بذاته ، كالقلاع والخنادق والسكك الحديدية وخطوط التلغراف والأنهار ، وظل حافظا لشكله ، فلا يصير من الأموال الخاصـة الا بأمر صريح ، لأنه ما دام حافظا لشكله لا يتصور أن يكون ملكا للأفراد . أما الأشياء الأخرى ، التى لا تعد ملكا عاما بذاته . وهى التى تكون عادة مملوكة للأفراد ، مثل الـكتب والصور والحيوانات و بعض الطرق والمساقى والمصارف ، فان مجرد كونها لم تبق مفيدة

---

(١) استئناف مختلط ١٦ مايو ١٨٧٧ المجموعة الرسمية المختلطة ٢ ص ٣٥٥ ، ٣ مارس ١٩٠٤ (١٦ ص ١٤٨) ، ٣٠ مايو ١٨٩٤ (٦ ص ٢٣٨) .

للمصلحة العامة يجعلها فى عداد الأموال الخاصة .

١١٨ — وقد اعترض على الطريق الأخير من طرق تحويل الأموال العامة الى خاصة ، بحجة أن نص المادة ٩ لا يجيز ذلك ، فان هذه المادة ، بعد أن قررت أن الأموال العامة لا يجوز امتلاكها بالتقادم ولا حجزها ولا التصرف فيها ، أضافت العبارة الآتية : « انما للحكومة دون غيرها التصرف فيها بمقتضى قانون أو أمر » «Le gouvernement seul peut en disposer par loi ou par décret» ، فهذه العبارة قد تفيد أنه لا بد فى كل حالة من صدور قانون أو مرسوم . غير أنه لا يمكن الأخذ بهذا الرأى لما يأتى[1] :

(١) ان نص المادة التاسعة جاء مقيدا بعبارة «الأملاك الميرية المخصصة للمنافع العامة » ، وانه وان اعترض بأن النص على هذه الصورة غير ملزم ، لأنه ترجمة غير صحيحة نقلت عن النص الفرنسى الذى هو الأصل ، والذى لا يوجد فيه أثر لهذه العبارة ، اذ جاء فيه فقط le domaine public de l'Etat ، أى الأموال العامة للدولة ، فان هذا الاعتراض فى غير محله : أولا لأن الفقرة الحادية عشرة من نفس النص الفرنسى لهذه المادة شامل لمثل هذا القيد صراحة ، اذ جاء فيه : et d'une façon générale, tous les biens meubles ou immeubles de l'Etat affectés en fait ou par loi ou décret à un service d'utilité pnblique . وترجمته : وعلى وجه العموم جميع أموال الدولة المنقولة أو الثابتة المخصصة لمنفعة عامة بالفعل أو بمقتضى قانون أو أمر . واذن يكون المستفاد من مجموع نصوص هذه المـادة أن هذا هو قصد الشارع منها ، وأن الذى نقل القانون الى اللغة العربية لم يزد على أنه بين ذلك القصد بيانا هو فى مجموعه لا شك صحيح فى ترجمته ، وهو ما يجب على المحاكم تطبيقه . ورأى الشارع هذا قد وضح أيضا من قبل عند وضعه قانون المحاكم المختلطة (المادة ٢٦ مدنى مختلط) .

---

(١) راجع مصر الابتدائية ٢٠ أبريل ١٩٢٧ المجموعة ٢٨ رقم ٩١ ص ١٧٥ المحاماة ٧ رقم ٤٨٠ ص ٨٢٦ .

(٢) ان هذه القاعدة هى بعينها التى أخذ بها الشارع الفرنسى فى عدد غير قليل من مواده ، وخصوصا المادة ٥٤١ التى تنص على أن الأراضى والاستحكامات وأسوار المحال التى لم تعد بعد من المحال الحربية يجوز امتلاكها بالتقادم(١) .

أملاك الدولة الخاصة

١١٩ — أملاك الدولة الخاصة هى الأملاك التى تملكها الدولة بصفتها شخصا اعتباريا .

وهى بالنسبة للأحكام المتعلقة بها كالأموال المملوكة للأفراد ، تباع ، وترهن وتملك بمضى المدة ، وترتب عليها حقوق ارتفاق الخ .

وتكون اما عقارا أو منقولا ، ماديا أو معنويا . وتشمل الأموال الآتية :

(١) الأموال العامة التى تصير من أملاك الدولة الخاصة على ما سبق بيانه .

(٢) الأموال التى تصير ملكا للدولة بمقتضى قانون ، ولم تكن مخصصة للمنافع العامة بمقتضى هذا القانون .

(٣) الأموال التى تؤول للدولة بالطرق القانونية المؤدية لاكتساب الحقوق ، كالشراء والهبة والوصية .

(٤) الأموال التى تصادر لجانب الدولة .

(٥) الأراضى غير المزروعة والأراضى البور التى لا مالك لها ، والجزر التى تتكون فى النيل ، والأراضى التى تنكشف عنها المياه الخ(٢) .

وتقوم مصلحة « الدومين » أو أملاك الميرى الحرة باستغلال أراضى الدولة المزروعة .

---

(١) وهذا هو أيضا رأى الشراح فى فرنسا . راجع لوران ٦ نبذة ٥٨ و٥٩ طبعة سنة ١٨٧٨ ص ٧٩ الى ٨١ — پلانيول وريبير وپيكار ١١٩ .

(٢) راجع ما تقدم نبذة ٩٥ و ١٠٨ .

أنواع الأموال غير المذكورة فى القانون

١٢٠ — أهم هذه الأنواع هى الآتية :

(١) الأموال المادية والأموال المعنوية .

(٢) الأموال التى تستهلك والأموال التى لا تستهلك بمجرد الاستعمال .

(٣) الأموال المثلية والأموال القيمية .

(٤) الأموال التى لها مالك والأموال التى ليس لها مالك .

(٥) الأموال المعتبرة أصلا والأموال المعتبرة ثمرة .

(٦) الأموال الأصلية والأموال التبعية .

(٧) الأموال المنقسمة والأموال غير المنقسمة .

(٨) الأموال التى يصح التعامل فيها ، والتى لا يصح التعامل فيها .

وهذه الأنواع وان لم تذكر صراحة فى القانون فانها تستخلص من مختلف نصوصه .

(١) الأموال المادية والأموال المعنوية

Biens Corporels et Biens Incorporels

١٢١ — تنقسم الأموال بالنسبة لذاتها الى مادية ومعنوية .

فالأموال المادية هى التى تقع تحت الحواس ، وعلى الأخص تحت حاسة اللمس ، كالأرض ، والبناء ، والحيوانات ، والملابس ، والكتب ، والجواهر .

والأموال المعنوية هى التى لا تقع تحت الحواس ، ولا يتناولها الانسان الا بالتصور ، أى التى ليس لها حجم ، وهى عبارة عن الحقوق ، مثل حق الارتفاق وحق الانتفاع ، وحق الرهن ، وحقوق المؤلفين والمخترعين .

وهذا التقسيم قديم ، وكان معروفا فى القانون الرومانى ، ولم يذكره القانون الفرنسى صراحة ، وانما راعاه فى كثير من المواد ، فقد عدد الأموال الثابتة المادية فى المواد ٥١٨ الى ٥٢٥ ، والأموال المنقولة المادية فى المادة ٥٢٨ ، ولم يذكر معها

الأموال غير المادية ، بل تكلم فيها منفردة فى المادة ٥٢٦ بالنسبة للأموال الثابتة ، والمادة ٥٢٩ بالنسبة للأموال المنقولة .

وقد راعى القانون المصرى أيضا هذا التقسيم عند تعريفه الأموال الثابتة ، اذ عرفها بأنها هى الحائزة لصفة الاستقرار بحيث لا يمكن نقلها الخ ، وأضاف : « وكذلك الحقوق العينية المتعلقة بتلك الأموال »(١) .

وتنقسم الأموال المادية الى أموال تستهلك وأموال لا تستهلك بالاستعمال ، والى مثلية وقيمية ، والى أموال لها مالك appropriés وأموال ليس لها مالك sans maitre ، والى أصل capitaux وثمرة revenus ، وسنتكلم فيها فيما يلى .

وتنقسم الأموال المعنوية الى حقوق عينية وحقوق شخصية(٢) .

١٢٢ — انتقاد تقسيم الأموال الى مادية ومعنوية — قد انتقد هذا التقسيم ، باعتبار أنه لا معنى له ، لأنه يفرق بين الأشياء والحقوق ، وليست بينهما صفات مشتركة ، بل ان كلا منهما يختلف عن الآخر تمام الاختلاف ، والتقسيم لا يعمل الا لتمييز أنواع الجنس الواحد .

على أن منشأ هذا التقسيم القانون الرومانى ، حيث كان الرومانيون يخلطون بين حق الملكية و بين موضوع حق الملكية ، لجريان العرف على التعبير بألفاظ « متاعى » و « مالى » و « ملكى » ، بدل التعبير بعبارة المتاع أو المال أو الشىء الذى لى فيه حق الملكية ، فبدلا من أن يقال « تنازلت عن حق ملكيتى فى هذا الكتاب » يقال « بعت هذا الكتاب » ، ونشأ ذلك من كون حق الملكية أوسع الحقوق نطاقا . أما بالنسبة للحقوق الأخرى ، فان هناك فرقا بينها و بين الأشياء التى تتعلق بها ، مثل حق الارتفاق أو حق الانتفاع ، فانه يقال الشىء الذى لى فيه حق الانتفاع ، أو المنزل الذى عليه حق الارتفاق ، ولا يعبر عن ذلك بلفظ « مالى » أو « منزلى » ، وترتب على ذلك التفرقة بين الملكية من

---

(١) راجع نبذة ٣٩ .

(٢) راجع نبذة ١٤٣ .

جهة وباقى الحقوق من جهة أخرى .

والملكية معتبرة حتى الآن عند الشراح الفرنسيين من الأموال المادية .

١٢٣ — أهمية هذا التقسيم — كان لتقسيم الأموال الى مادية ومعنوية أهمية كبرى فى القانون الرومانى ، اذ أن الأسباب التى تكتسب بها الملكية لم تكن واحدة بالنسبة للنوعين ، فالأموال المادية Res corporales كانت لها طرق خاصة (mancipatio, traditio) ، وهذه الطرق لم تكن تسرى على الحقوق Res incorporales . أما فى القوانين الحديثة فالطرق أو الأسباب التى تكتسب بها الملكية واحدة فى النوعين .

وربما كان لهذا التقسيم أهمية الآن : (١) من حيث وضع اليد ، فان الأموال المادية هى التى يمكن أن تكون محلا لوضع اليد possession ، وهى وحدها ، اذا كانت من العقارات ، التى يصح أن ترفع عنها دعاوى وضع اليد بأنواعها . وبالنسبة للمنقول فان قاعدة « حيازة المنقول سند الملكية » En fait de meubles possession vaut titre لا تنطبق الا على المنقولات المادية ، لا على الحقوق المنقولة . (ب) من حيث رهن الحيازة فى المنقول ، فان طريقة حيازة المرهون تختلف باختلاف ما يكون منقولا ماديا أو منقولا معنويا [١] .

(٢) الأموال التى تستهلك والأموال التى لا تستهلك بمجرد الاستعمال

Biens consomptibles et biens non consomptibles par le premier usage

١٢٤ — الأموال التى تهلك بالاستعمال هى التى لا ينتفع بها الا باستهلاكها . وهى اما أن تكون : (١) مما يهلك بطبيعته بالاستعمال ، ويقال له الاستعمال المادى usage matériel ، مثل الغلال والسوائل والمأكولات والوقود

---

(١) راجع كتابنا « التأمينات » نبذة ١٦٧ وما بعدها .

وأدوات الانارة ، أو (٢) اعتبارا ، ويقال له الاستعمال القانونى usage juridique بخروجها من يد المنتفع بها ، كالنقود ، أو (٣) باحداث تغيير فى شكلها ، كالثياب تصنع ملابس .

أما الأموال التى لا تستهلك بمجرد الاستعمال فهى كل ما ينتفع به مع بقاء عينه ، مثل المنازل ومفروشاتها والملابس والآلات الزراعية والصناعية الخ ، فهى معدة للاستعمال المتكرر ، ولو ترتب على هذا الاستعمال المتكرر نقص أو ضياع قيمتها مع الزمن .

١٢٥ — أهمية هذا التقسيم — تظهر أهمية هذا التقسيم فيما يأتى :

أولا — عند الكلام فى حق الانتفاع ، فانه لا يكون الا فى الأشياء التى لا تستهلك بمجرد الاستعمال ، اذ أن صاحب حق الانتفاع ملزم برد الشىء عند انتهاء حقه . أما اذا كان الشىء مما يهلك بالاستعمال ، مثل النقود والغلال ، فانه لا يكون محلا لحق الانتفاع usufruit ، وانما يكون محلا لشبه حق الانتفاع quasi-usufruit .

ثانيا — بالنسبة لعقد العارية ، اذ الأصل أن عارية الاستعمال prêt à usage تكون فى الأشياء التى لا تهلك بالاستعمال (مدنى ٤٦٤/٥٦٥/١٨٧٥) ، وعارية الاستهلاك prêt de consommation تكون فى الأشياء التى تستهلك بمجرد الاستعمال ، لأن المستعير لا يرد فيها نفس الشىء المستعار ، بل يرد شيئا آخر من عين نوعه ومقداره وصفته (مدنى ٤٦٥/٥٦٦/١٨٩٢) [١] .

ثالثا — لا تكون الأموال التى تهلك محلا لحق الاستعمال droit d'usage ، اذ يجب على من له حق الاستعمال أن يرد نفس الشىء .

(٣) الأموال المثلية والأموال القيمية

Biens fongibles et biens non fongibles

١٢٦ — الأموال المثلية biens fongibles هى التى يوجد لها نظير من

(١) راجع كتابنا « عارية الاستعمال وعارية الاستهلاك وأحكام الفوائد » ص ٣٧ .

جنسها مساو أو مقارب لها فى القيمة ، كالمكيلات [1] ، مثل القمح والشعير ، والموزونات ، مثل الذهب والفضة ، والمعدودات ، كالبيض ، وكالكتب المطبوعة التى من نوع واحد وطبعة واحدة وورق واحد ، والنقود والأوراق المصرفية billets de banque مع اتحاد النوع ، وكل ما يصح أن يقوم بعضه مقام بعض عند الوفاء .

والأموال القيمية biens non fongibles هى التى لها قيمة خاصة ، ولا يقوم غيرها مقامها ، ولو كان من نوعها ، مثل الحيوانات التى لا تباع بالعدد ، والأراضى ، والمنازل .

وفى الشريعة الاسلامية يعرف الفقهاء المال القيمى بأنه ما تتفاوت آحاده تفاوتا يعتد به ، والمثلى ما ليس كذلك .

١٢٧ — عدم الخلط بين هذا التقسيم والتقسيم السابق — يجب التفريق وعدم الخلط بين تقسيم الأموال الى ما يستهلك بمجرد الاستعمال وما لا يستهلك به ، وبين المثليات والقيميات ، فالتقسيم الأول مبنى على الأخص على طبيعة الأشياء ، أما التقسيم الثانى فلقصد العاقدين تأثير كبير فيه ، وانه وان كانت المثليات فى الواقع وفى غالب الأحوال مما يهلك بمجرد الاستعمال ، كالنقود والغلال ، والقيميات مما لا يهلك بالاستعمال ، فانه قد يقصد العاقدان اعتبار الشيء الذى يكون بحسب طبيعته قابلا لأن يهلك بمجرد الاستعمال قيميا ، كثمر شجرة معينة ، فانه يكون قيميا . وقد يقصد العاقدان اعتبار الشيء الذى لا يهلك بمجرد الاستعمال مثليا ، كالأرض ، كأن أبيعك قدرا من الفدادين تأخذها من الأرض

---

(١) المكيل والكيلى هو ما يكال (المادة ١٣٣ من المجلة) . والموزون والوزنى هو ما يوزن (المادة ١٣٤ من المجلة) . والمعدود والعددى هو ما يعد (المادة ١٣٥ من المجلة). والمذروع والذرعى هو ما يقاس بالذراع (المادة ١٣٦ من المجلة) . ويقال للمكيلات والموزونات والعدديات والمذروعات : المقدرات ، وهى ما تتعين مقاديره بالكيل أو الوزن أو العدد أو الذراع (المادة ١٣٢ من المجلة) . راجع أيضا ما تقدم نبذة ٧١ .

الكائنة فى جهة كذا ، أو أبيعك سيارة تأخذها من مجموعة série معينة [1] .

١٢٨ — **أهمية هذا التقسيم** — تظهر أهمية هذا التقسيم فى الموضوعات الآتية :

(١) فى عقد العارية ، لأنه وان كان فى الأصل أن عارية الاستعمال تكون فى الأشياء التى لا تستهلك بمجرد الاستعمال ، وعارية الاستهلاك فى الأشياء التى لا ينتفع بها الا باستهلاكها ، فان القاعدة الآتية مفضلة ، وهى أن عارية الاستعمال تكون فى الأشياء القيمية ، وعارية الاستهلاك فى الأشياء المثلية ، اذ قد يكون الشىء المعار مما يستهلك بمجرد الاستعمال ومع ذلك يقصد العاقدان أن يرد المستعير للمعير نفس الشىء ، فتكون العارية اذن عارية استعمال ، كما اذا استعار صراف مختلس نقودا من أحد الناس ليضعها مؤقتا فى خزانته فى يوم جردها بمعرفة أحد المفتشين على أن يردها عينا بعد ذلك . وقد يكون الشىء المعار مما لا يهلك بالاستعمال ، ومع ذلك يكون قصد المتعاقدين أن المستعير لا يرد نفس الشىء المعار بل يرد مثله ، كحالة بائع الكتب الذى يستعير كتابا من بائع آخر ليبيعه لشخص طلبه منه بسبب نفاده من عنده ، فان قصد المتعاقدين هو أن يرد المستعير للمعير كتابا آخر مثل الكتاب المعار ، لا نفس الكتاب ، وتكون العارية فى هذه الحالة عارية استهلاك [2] .

(٢) فى باب الالتزامات بالنسبة للشىء الذى يتعهد بامتلاكه ، فانه اما أن يكون معينا بذاته (عينا معينة corps certain) ، كالمنزل ، واما أن يكون معينا بنوعه de genre ، كأردب من القمح وفدانين من الأرض . وحكم الحالتين ليس واحدا .

(٣) بالنسبة للمقاصة ، فقد جاء فى المادة ١٩٤/٢٥٨/١٢٩١ : « ولا تقع

---

(١) وقد خلطت بعض القوانين بين التقسيمين ، مثل قانون اسبانيا (المادة ٣٣٧) ، وقانون هولندا (المادة ٥٦١) ، فقد عرفت المثليات بأنها الأشياء التى تهلك بمجرد استعمالها.

(٢) راجع كتابنا « عارية الاستعمال وعارية الاستهلاك وأحكام الفوائد » ص ١٠ و ١١ .

المقاصة الا اذا كان الدينان خاليين عن النزاع ومستحق الطلب وكانا من النقود أو من أشياء من جنس واحد يقوم بعضها مقام بعض بالنسبة لنوعها وقيمتها (أى من المثليات) ، و بشرط أن يكونا واجبى الأداء فى محل واحد » .

(٤) بالنسبة للضمان فى حالة الهلاك Risques (فرنسى ١١٣٨ . قارن ٢٦٦/٣٣٦ ، ٢٩٧/٣٧١) .

(٥) بالنسبة لقسمة المهايأة [1] .

(٤) الأموال التى لها مالك والأموال التى ليس لها مالك

١٢٩ — أغلب الأشياء تكون مملوكة appropriées ، اما لانسان أو لشخص معنوى . ولكن هناك أشياء ليس لها مالك sans maître ، وهى نوعان:

(١) الأشياء المشتركة res communes ، وهى التى بطبيعتها لا تقبل الامتلاك ، كالهواء والبحار ، فانها ليست مملوكة لأحد ، واستعمالها مشترك بين العامة (فرنسى ٧١٤ فقرة أولى) .

(٢) الأشياء المهملة res nullius ، وهى التى لا يكون لها مالك الآن ، ولكنها بطبيعتها قابلة للامتلاك ، مثل الطيور والأسماك وحاصلات البحر ومياه المطر والأشياء المتروكة res derelicta .

وسنعود الى الكلام فيها عند شرح طرق اكتساب الملكية .

(٥) الأموال المعتبرة أصلا والأموال المعتبرة ثمرة

١٣٠ — بعض الأموال يكون أصلا Capitaux ، كالمنازل ، و بعضها ثمرة Revenus ، كالأجرة التى يدفعها مستأجروها . وكذلك مبلغ الدين أصل والفوائد ثمرة . ويجب أن يلاحظ :

أولا — أنه ليس من اللازم أن يكون لكل أصل ثمرة ، فالجواهر والأثاث ليس لها ثمرة .

---

(١) راجع نبذة ٢٧٥ .

ثانيا — أن كل ما ينتجه الأصل لا يشترط فيه أن يعتبر ثمرة ، خصوصا اذا كان يترتب عليه نقصانه كالأنقاض الناتجة من منزل .

١٣١ — فائدة هذا التقسيم :

(١) تكون الثمار أو الايرادات fruits ou revenus لمن له الانتفاع بالشيء (صاحب حق الانتفاع) ، وواضع اليد حسن النية على الشيء المملوك للغير . ولكن الأصل وتوابعه تبقى للمالك .

(٢) أحكام القانون الخاصة بالأهلية capacité فيما يتعلق بانتقال الثمار أخف من أحكامه المتعلقة بانتقال الأصل . فالثمار تدخل فى أعمال الادارة actes de pure administration . أما الأصل فيدخل فى أعمال التصرف actes de disposition .

(٦) الأموال الأصلية والأموال التبعية

١٣٢ — الأموال الأصلية Biens principaux هى التى لها وجود مستقل ، كالدار . والأموال التبعية Biens accessoires هى التى ليس لها وجود مستقل ، ولا يتصور وجودها الا لتعلقها بغيرها ، كالثمار المعلقة فى الغصون . والقاعدة أن التابع يتبع الأصل accessorium sequitur principale ، فاذا بيع الأصل مثلا ، لحقه التابع ، ولا عكس .

(٧) الأموال المنقسمة والأموال غير المنقسمة

١٣٣ — الأموال المنقسمة Biens divisibles ، أو القابلة للتجزئة ، هى التى تقبل القسمة الى أجزاء ، مع بقاء المنفعة المقصودة منها ، كالأرض والحبوب .

والأموال غير المنقسمة Biens indivisibles هى التى لا تقبل القسمة ، مثل الحقوق .

وتظهر أهمية هذا التقسيم بالنسبة للرهن وحق الارتفاق والتعهدات وانتقال الملكية الخ .

(٨) الأموال التى يصح التعامل فيها والأموال التى لا يصح التعامل فيها

١٣٤ — الأموال التى يصح التعامل فيها biens qui sont dans le commerce هى التى يصح أن تكون محلا للحقوق ، فيجوز بيعها وامتلاكها بمضى المدة .

والأموال التى لا يصح التعامل فيها biens qui sont en dehors du commerce هى التى لا تكون محلا للحقوق ، ولا يمكن امتلاكها ، مثل الأموال المخصصة للمنفعة العامة .

ما يترتب على الأموال من الحقوق

١٣٥ — **تعريف الحق** — الحق droit فائدة أو منفعة يقررها القانون لمصلحة فرد من الأفراد .

وكل حق لانسان يقابله واجب على غيره . فاذا قيل ان لشخص حقا فان ذلك يستدعى أن يكون غيره ملزما بواجب — عمل شىء أو الامتناع عن عمل شىء — فى مصلحة صاحب الحق . فحق الملكية يقضى بأن كل الناس يكونون ملزمين بمقتضى القانون بألا يتعرضوا لصاحب الحق فى ملكه ، أى أن عليهم واجب احترام الحق ، فلو تعرضوا لصاحب الحق كان له أن يقاضيهم ويلزمهم باحترام حقه .

ولكل حق دعوى action en justice ، يمكن بها صاحب الحق أن يطلب الحكم باحترام حقه قبل من يتعدى عليه من الملزمين باحترامه .

أقسام الحقوق

١٣٦ — تنقسم الحقوق الى عدة أقسام ، وبعضها يدخل فى البعض الآخر . وسنذكر منها هنا أهمها ، وهى الأقسام الآتية :

(١) الحقوق التامة والحقوق الناقصة .

(٢) الحقوق الايجابية والحقوق السلبية .

(٣) الحقوق النسبية والحقوق المطلقة .
(٤) الحقوق المالية والحقوق الشخصية .
(٥) الحقوق السياسية والحقوق المدنية .
(٦) الحقوق العينية والحقوق الشخصية .
(٧) الحقوق العقارية والحقوق المنقولة .
(٨) الحقوق الأصلية والحقوق التبعية .

(١) الحقوق التامة والحقوق الناقصة

١٣٧ — تنقسم الحقوق الى تامة droits parfaits ، وناقصة أو معطلة droits imparfaits ، فالحقوق التامة هى التى يعتبر القانون وجودها وينفذها . وأما الناقصة فيعتبرها القانون ، ولكنه لا يكفل تنفيذها .

والأصل أن الحقوق القانونية كلها كاملة . الا أنه توجد بعض حقوق ناقصة ، ومثالها الحق الذى سقطت المطالبة به بمضى المدة ، فان المحاكم بعد مضى المدة القانونية لا تلتفت الى دعوى صاحب الحق ، ولا تساعده فى الحصول على حقه ، ولكن اذا أمكن ذا الحق أن يحصل على الوفاء بدون توسط السلطة القضائية فان الوفاء يكون صحيحا ، اذ أن المدة لا تقضى على نفس الحق ، بل ان الحق يظل قائما ولكن لا ينفذ بواسطة السلطة العامة .

فالحق يكون اذن تاما اذا أمكن بمقتضاه رفع دعوى أمام المحاكم وتنفيذ الحكم الذى يصدر فيها بواسطة السلطة العامة مباشرة . وعلى العكس من ذلك الحق الناقص فانه معتبر قانونا ، وان كان لا يصح رفع دعوى بمقتضاه . غير أنه يصح الوفاء به اختيارا كما تقدم ، ويصح أن يكون سببا لحق تبعى تام ، كالكفالة والرهن ، ويصح استبداله .

ويجب ألا يخلط بين الحق القانونى الناقص والحق الأدبى ، فالحق الناقص يعتبر القانون وجوده ، والوفاء به اختيارا يكون صحيحا ، وأما الحق الأدبى فليس من الحقوق القانونية ، ولا يترتب عليه أى أثر قانونى .

(٢) الحقوق الايجابية والحقوق السلبية

١٣٨ — اذا كان الحق يتضمن اعطاء شيء أو فعل شيء ، كبناء بيت ، فهو حق ايجابي droit positif ، وان كان يتضمن الامتناع عن عمل ، كعدم البناء ، فهو سلبي droit négatif . و بعبارة أخرى الحق الايجابي هو ما يكون الواجب المقابل له ايجابيا ، والحق السلبي هو ما يكون واجبه سلبيا .

والحقوق العينية كلها سلبية .

(٣) الحقوق النسبية والحقوق المطلقة

١٣٩ — الحقوق النسبية droits relatifs هي ما وجدت لفائدة شخص أو أكثر قبل شخص أو أكثر معينين . وتنحصر في الالتزامات بين الأشخاص ، وأهمها المداينات les droits de créance ، أي الارتباط الموجود بين الدائن والمدين ، والذي بمقتضاه يلتزم الثاني باعطاء شيء أو بعمل شيء أو بالامتناع عن عمل شيء معين ، كالتعهد ببناء بيت ، فان الواجب فيه لا يتعدى الملتزم وحده . و يدخل فيها حقوق الوالدين على الأولاد ، فهي حقوق نسبية .

وأما الحقوق المطلقة droits absolus فليست كذلك ، بل هي امتيازات يعطاها شخص ، و يكفل القانون المحافظة عليها من غير أن يكون هناك ارتباط قانوني بين شخص وآخر ، فهي ليست قبل شخص معين ، بل هي قبل كل الناس erga omnes ، وتشمل الحقوق العينية ، وأهمها حق الملكية الذي بمقتضاه يستعمل المالك الشيء و ينتفع به بكل الطرق ، بدون تدخل من غيره ، وتشمل أيضا ، زيادة على الحقوق المعدودة من الذمة المالية ، الحقوق السياسية والعامة ومعظم حقوق الأسرة .

والحق النسبي يخول صاحبه أن يلزم شخصا أو أشخاصا معينين بعمل شيء أو بالامتناع عن عمل شيء ، أي أن بمقتضاه يحجر على حرية المدين الى حد محدود ، ولكن يجب ألا تنعدم الحرية بمقتضى هذا الحق ، والا انعدمت شخصية

الانسان ، واعتبر المدين فى حكم الرقيق . لهذا نجـد القوانين تقضى بأن يكون ذلك الحجر لمدة معينة ، كاجارة الخدم ، اذ يشترط أن تـكون لمدة معينة ، والا كانت باطلة (١٧٨٠/٤٩٠/٤٠٢) .

وقد يجيز القانون عدم تعيين المدة فى بعض العقود ، ولـكن فى الوقت نفسه يسمح للعاقدين بانهاء العقد فى أى وقت أو بشروط خاصة ، كالحال فى الوكالة (مدنى ٢٠٠٧/٦٤٠/٥٢٢) ، والشركة (مدنى ١٨٦٩/٥٤٢/٤٤٥) .

ولـكن الحقوق المطلقة قد تـكون مؤبدة ، وهو الغالب ، لأنها تقضى بالامتناع عن عمل شىء ، أى أن الملتزم بالواجب مكلف بعدم التعرض لصاحب الحق ، ولا مانع من أن يكون ذلك بصفة دائمة .

وكل الحقوق المطلقة سلبية ، أما الحقوق النسبية فبعضها ايجابى و بعضها سلبى .

(٤) الحقوق المالية والحقوق الشخصية

١٤٠ — الحقوق المـالية droits patrimoniaux هى التى تقوم بالمـال وتحسب فى الذمة المالية ، كحق الملـكية ، وحق المؤلف فى مؤلفاته . وهى على قسمين : أموال ومداينـات . فالأموال عبـارة عن مجموع الحقوق العينية ، والمداينات هى مجموع الحقوق الشخصية التى تقوم بالمال .

وأما الحقوق الشخصية فهى التى لا تقوم بالمـال . وأهمها حقوق الأسرة والحقوق العامة والحقوق السياسية .

ويجب ألا يخلط بين الحقوق الشخصية بهذا المعنى و بين الحقوق الشخصية المقابلة للحقوق العينية .

ومجموع الحقوق المالية يكون ما يسمى بالانجليزية Estate أو Assets ، أو Property ، و بالألمانية Vermoegen ، و بالفرنسية Avoir أو patrimoine ، أى الذمة المالية .

ومجموع الحقوق الشخصية ، أى التى لا تقوم بمال يسمى بالانجليزية status .

والحقوق المالية لها أهميــة اقتصادية وقانونيــة معا . وأما الحقوق الشخصية فأهميتها قانونية فقط .

وقد يكون الحق المـالى عينيا أو شخصيا ، كما قد يكون الحق الشخصى مطلقا أو نسبيا .

و يمكن أن يقال ان الحق المـالى هو ما يجوز التصرف فيه للغير ، والحق الشخصى ما ليس كذلك ، ولكن هـذا غير صحيح ، لأنه توجـد حقوق مالية لا يصح التصرف فيها ، كالمعاشات .

١٤١ — استعمال عبارة « حق شخصي » في معان أخرى — تستعمل عادة عبارة « حق شخصى » مقابل عبارة « حق عينى » كما سنبينه فيما يلى .

وقد تستعمل هذه العبارة ليقصد بها الحق المتعلق بشخص الانسان ، أى الذى لا يمكن أن ينتقل الى غيره ، بل ينقضى بموت صـاحبه ، كحق الانتفاع أو حق الاستعمال الشخصى ، فانه وان كان عينيا فانه يعتبر من الحقوق الشخصية ، أى لا ينتقل من صاحبه الى ورثته . واذا استعمل فى هذا المعنى فان استعماله لا ينافى كونه ماليا .

وقد يقصد أيضا بعبارة « حق شخصى » الحق المتعلق بشخص صاحبه ، بحيث لا يجوز لغيره أن يستعمله أو يتمسك به (مدنى ١٤١/٢٠٢) . فلا يجوز لدائنى صاحب هذا الحق استعماله اذا هو أهمل ذلك .

(ه) الحقوق السياسية والحقوق المدنية

١٤٢ — الحقوق السياسية droits politiques هى التى بمقتضاها يشترك الشخص فى أعمال حكومة بلده ، كحق التصويت فى انتخاب أعضاء المجالس التشريعية أو المحلية ، وحق الاستخدام . ولا يكون هذا النوع من الحقوق لكل الأشخاص ، بل لمن يمنحه الدستور أو القانون تلك الحقوق ، بحسب القانون الدستورى وقانون الانتخاب .

أما الحقوق المدنية droits civils فيتمتع بهـا كل الناس ، لأن وجود

الانسان لا يتحقق الا اذا كان متمتعا بالحقوق الضرورية المحافظة على حريته وشخصه وملكه و بيعه وشرائه . فالانسان يمكنه أن يعيش بغير حقوق سياسية ، ولكن لا يستطيع أن يعيش من غير حقوق مدنية .

وقد جاء فى الدستور المصرى : المصريون لدى القانون سواء . وهم متساوون فى التمتع بالحقوق المدنية والسياسية وفيما عليهم من الواجبات والتكاليف العامة ، لا تمييز بينهم فى ذلك بسبب الأصل أو اللغة أو الدين . واليهم وحدهم يعهد بالوظائف العامة مدنية كانت أو عسكرية . ولا يولى الأجانب هذه الوظائف الا فى أحوال استثنائية يعينها القانون (المادة ٣) .

(٦) الحقوق العينية والحقوق الشخصية

١٤٣ — الحق العينى droit réel هو الحق الذى يمكن لصاحبه بأن يحصل من الشىء مباشرة على كل أو بعض المنفعة التى يخولها اياه من غير حاجة الى وساطة شخص آخر ، أو هو الذى يقع على الشىء مباشرة ، ولا يستعمله صاحبه قبل شخص معين ، بل قبل كل انسان . فهو حق فى الشىء jus in re . ويكون بمقتضاه الشىء خاضعا لارادة الشخص وتصرفه .

أما الحق الشخصى droit personnel, ou de créance, ou obligation فلا يتمتع به صاحبه ، ويقال له الدائن créancier, *creditor* ، الا بواسطة شخص آخر ، يسمى المدين débiteur, *debitor* ، سواء أكان باعطاء شىء obligation de donner (١) ، أم بفعل شىء obligation de faire ، أم بالامتناع عن شىء obligation de ne pas faire . فهو يوجد صلة قانونية vinculum juris ، ورابطة مباشرة بين شخصين ، كما اذا أقرضتك مائة جنيه تلتزم بردها الى بعد سنة ، فانه يكون لى قبلك حق شخصى بمقتضاه يكون لى أن ألزمك فى الميعاد المحدد بأن تدفع لى مبلغا مساويا للمبلغ الذى أقرضتك اياه .

---

(١) ويكون الحق فى هذه الحالة على الشىء jus ad rem ، لا فى شىء jus in re ، كما فى الحق العينى .

وانه وان كان للحق الشخصى موضوع ، فان العلاقة بينه و بين صاحب الحق بعيدة وغير مباشرة .

والحقوق العينية كلها سلبية ، أى أن الواجبات التى تقابلها تقضى بالامتناع ، لأن الحقوق المذكورة واجباتها مفروضة على كل الناس .

١٤٤ — **مقارنة الحقوق الشخصية والعينية بعضها ببعض** — الحقوق الشخصية حقوق مقيدة أو نسبية relatifs ، لا يمكن استعمالها الا قبل شخص أو أشخاص معينين ، و يترتب عليها دعوى شخصية action personnelle ، ولا تمنح أصحابها حق التتبع ولا حق الأولوية [١] . فاذا بيعت أموال المدين فان الدائنين الشخصيين يقتسمون الثمن بنسبة ديونهم من غير مراعاة لتاريخ نشوء حقوقهم .

وعلى عكس ذلك الحقوق العينية ، فانها حقوق مطلقة absolus ، يمكن التمسك بها قبل كل انسان erga omnes ، وتعطى أصحابها الحق فى رفع دعوى عينية action réelle ، وتمنحهم حق التتبع وحق الأولوية .

والحق العينى يجب أن يكون موضوعه شيئا . أما الحق الشخصى فقد يكون موضوعه تسليم شيء أو عمل شيء أو الامتناع عن عمل شيء . وعلاوة على ذلك فان الحق العينى يفترض شيئا معينا ، لأنه حق فى الشيء jus in re ، فلا بد أن يتعين الشيء . أما الحق الشخصى فقد يقع على شيء غير معين ، كأن أبيعك فدانين من أرضى التى بجهة أسيوط ، فانه يكون لك قبلى حق شخصى jus ad rem ، تلزمنى بمقتضاه أن أنفذ التزامى ، ولكنك لا تصير مالكا ، أى ذا حق عينى ، الا اذا تعينت الأرض . واذا بعتك مائة أردب من القمح فانك لا تكتسب حقا عينيا الا بتعيين هذا المقدار المبيع . ولكن اذا بعتك حصانا فانك تعتبر مالكا فى الحال ، لأنه معين .

---

(١) راجع نبذة ١٥١ .

١٤٥ — الحقوق العينية والشخصية من الحقوق المالية — الحقوق العينية والشخصية يعبر عنها بالحقوق المالية de patrimoine ; patrimoniaux ، لأن لكل منها قيمة مالية يمكن تقديرها بالنقود . ومجموع الحقوق المذكورة هي والتكليفات أو الواجبات يكون ما يسمى بالذمة المالية patrimoine (١) . وهذان النوعان من الحقوق قابلان للانتقال من يد الى أخرى .

١٤٦ — أنواع الحقوق العينية — تنقسم الحقوق العينية الى قسمين :

(١) حقوق عينية أصلية droits réels principaux .

(٢) حقوق عينية تبعية droits réels accessoires .

فالحقوق العينية الأصلية هي التي تخول صاحبها حق استعمال الشيء واستغلاله بصفة مطلقة أو مقيدة . وهي تشمل :

(ا) حق الملكية ، وهو أوسع الحقوق العينية نطاقا ، وقد تقدم أنه بسبب ذلك يخلطون بين حق الملكية والشيء الذي يقع عليه هذا الحق .

(ب) الحقوق العينية المتفرعة عن حق الملكية والمعتبرة جزءا منها ، وتتناول حق الانتفاع ، وحق الاستعمال ، وحق السكنى ، وهي حقوق ترتب لمصلحة شخص على شيء مملوك لآخر .

(ج) الحقوق العينية التي وان لم تكن جزءا من أجزاء الملكية فانها تخول صاحب الحق الاستفادة من الشيء ، بينما يحتفظ مالكه بحق استعماله واستغلاله . وهذه الحقوق هي حقوق الارتفاق التي تعتبر تكليفات على الملكية أكثر من اعتبارها جزءا منها .

ويقال للحقوق العينية الأصلية غير حق الملكية : حقوق في ملك الغير .

أما الحقوق العينية التبعية فهي التي بمقتضاها يخصص مال معين لضمان التزام ، وهي لا تخول أصحابها حق استعمال الشيء ولا استغلاله . وتشمل رهن الحيازة ، والرهن التأميني ، واختصاص الدائن بعقارات مدينه ، وحق الامتياز ، وحق

---

(١) راجع ما تقدم نبذة ٣ .

الحبس . ولتفهم الغرض من هـذه الحقوق يجب أن نذكر أن المدين متى كان ملتزما قبل عدة دائنين ، وكان لا يملك ما يوفى به جميع ديونهم ، أى متى كان فى حالة اعسار insolvable ، فان دائنيه يتحملون جميعا نتيجة اعساره ، كل بنسبة دينه . فالمتحصل من أموال المدين بعد حجزها وبيعها يقسم بينهم بنسبة ديونهم بعضها الى بعض ، بصرف النظر عن تاريخ الديون . ولـكن الدائن الذى يكون مركز مدينه مطمئنا عند عقد الدين قد يخشى ، والحالة كما رأينا ، أن هذا المركز يتغير بوجود التزامات جديدة يتعهد بها المدين ، فتصبح ذمته المالية عاجزة عن سداد ديونه كاملة . فلدرء هذا الخطر يطلب الدائن من مدينه أن ينشىء له حقا عينيا تبعيا على مال معين من أمواله ، كأن يتفق معه على أن يقدم له منقولا أو عقارا بصفة رهن حيازة ، أو أن يرهن له عقارا رهنا تأمينيا . ومصلحة الدائن فى هذا الحق التبعى مزدوجة . فأولا اذا لم يسدد المدين الدين عند حلول أجله فللدائن بعد أن يتوصل الى بيع الشىء المسلم اليه بصفة رهن حيازة ، أو المرهون له تأمينيا ، أن يستوفى دينه من ثمنه بالتقدم على من عداه من الدائنين . وهـذا هو حق الأولوية droit de préférence ، الذى يميزه عن الدائنين العاديين créanciers chirographaires الذين يتحملون خطر اعسار المدين . وثانيا اذا كان الحق العينى التبعى واقعا على عقار ، كما فى حالة الرهن التأمينى ، فان الدائن يكون له أيضا حق التتبع droit de suite ، الذى بمقتضاه يكون له أن ينفذ على الشىء المرهون ، حتى لو زالت عنه ملـكية المدين ، وأصبح تحت يد آخر . وهذا الحق لا يملـكه الدائنون العاديون ، الذين ليس لهم أن ينفذوا الا على الأموال التى تكون لمدينهم وقت التنفيذ .

وسنشرح فى هـذا المؤلف أحكام الحقوق العينية الأصلية . أما الحقوق العينية التبعية فقد أوردنا أحكامها فى كتابنا « التأمينات الشخصية والعينية » .

١٤٧ — **الحقوق العينية الادارية** — يطلق الشراح عبارة الحقوق العينية الادارية droits réels administratifs على الحقوق التى يخولها القانون أو تمنحها

الادارة على الأموال العامة . وهذه الحقوق تختلف عن الحقوق العينية المعروفة فى القانون المدنى فى أنها دائما مؤقتة ، وأنها يمكن الرجوع فيها بشروط معينة ، وهـذا ما تقتضيه قاعدة عدم التصرف فى الأموال العامة التى ترمى ، كما رأينا فيما سبق ، الى ضمان تخصيص هذه الأموال للمنفعة العامة . ولكن فيما سوى ذلك فان للحقوق العينية الادارية صفات الحق العينى ، فهى تمنح صاحبها سلطة على الشىء ، ويمكن التمسك بها قبل جميع الناس ما عدا الدولة .

ومثال هذه الحقوق : الحقوق التى للملاك المجاورين للطرق العامة على هذه الطرق ، وهى حقوق تشبه حقوق الارتفاق المدنية . والحق الناتج من الامتيازات الممنوحة بصفة دائمة فى الجبانات ، وهو حق عينى حقيقى ذو صفة ادارية .

١٤٨ — الحقوق العينية على الأشياء غير المادية — جرى البحث فيما اذا كانت الحقوق الواقعة على الأشياء غير المادية تعتبر حقوقا عينية ، خصوصا حقوق الملكية الأدبية والفنية والصناعية . ومن رأى بعض الشراح أنها ليست حقوقا عينية بمعناها الحقيقى . ولكنا نرى مع البعض الآخر من الشراح أنها حقوق عينية حقيقية . وسنتكلم فى ذلك عند شرح هذه الحقوق .

(٧) الحقوق العقارية والحقوق المنقولة

١٤٩ — الحقوق العقارية هى التى يكون موضوعها عقارا . والحقوق المنقولة هى التى يكون محلها منقولا . فحق الملكية فى العقار ، كالأرض ، عقارى ، وحق الملكية فى المنقول ، كالحصان ، منقول .

وقد عرفنا أن القانون الفرنسى قسم الأموال غير المادية ، أى الحقوق ، الى أموال ثابتة بالنسبة للشىء المتعلقة به ، والى أموال منقولة بتعيين القانون ، وهى التى فضلنا تسميتها الأموال المنقولة بالنسبة للشىء المتعلقة به[١] .

١٥٠ — وكلا النوعين ، أى الحق العقارى والحق المنقول ، قد يكون عينيا أو شخصيا .

---

(١) راجع نبذة ٦٥ .

مثال الحق العينى العقارى : حق الملكية العقارية ، وحقوق الارتفاق ، والرهن التأمينى ، وحق الامتياز العقارى ، ورهن الحيازة العقارى .

ومثال الحق العينى المنقول : حق ملكية المنقول ، وحق الامتياز على منقول ورهن الحيازة المنقول .

ومثال الحق الشخصى العقارى : حالة ما يكون المدين مكلفا بتسليم عقار .

ومثال الحق الشخصى المنقول : حالة ما يكون المدين مكلفا بتسليم منقول ، وكذلك الالتزام بفعل أمر أو الامتناع عن أمر ، حتى لو كان متعلقا بعقارات .

١٥١ — حق الأولوية وحق التتبع — الحق العينى اذا كان عقاريا ، أى متعلقا بعقار ، يكون لصاحبه حق التقدم أو الأولوية droit de préférence على من ليس له حق عينى على العقار ، كالدائن المرتهن ، فانه مقدم على الدائن العادى . ويكون لصاحب الحق العينى أيضا حق التتبع droit de suite ، فيتتبع محل الحق ، أى العقار ، أنى وجد ، ويقتضيه من يد أى انسان ، بخلاف الحق الشخصى ، فان صاحبه لا يقتضيه الا من شخص معين ، هو المدين به .

واذا كان الحق العينى منقولا فانه يكون لصاحبه حق الأولوية ، وكذلك يكون له حق التتبع فى حالتين ، وهما حالة السرقة وحالة الضياع . أما فى غير هاتين الحالتين فان صاحب الحق المنقول ليس له أن يتتبع المنقول المتعلق به حقه ، لأن قاعدة « حيازة المنقول سند الملكية » تمنع من مقاضاة من يكون حائزا له .

(٨) الحقوق الأصلية والحقوق التبعية

١٥٢ — الحق الأصلى principal هو ما يكون له استقلال ذاتى . أما الحق التبعى accessoire فهو الذى لا يكون له استقلال ذاتى ، بل لا بد له من وجود حق آخر يكون هو تابعا له ، فحق الملكية أصلى ، لأنه يوجد من غير أن يكون متعلقا بحق آخر ، وكذلك حق الانتفاع وحق الاستعمال وحق السكنى وحق الارتفاق . وأما حق الرهن التأمينى أو رهن الحيازه فتبعى ، لأنه لا يتصور وجوده من غير وجود حق آخر أصلى يكون هو تابعا له .

ويصح أن يكون الحق العينى تابعا لحق شخصى ، كحق الرهن فانه يكون تابعا للدين ، كما يجوز أن يكون الحق الشخصى تابعا لحق عينى ، كالكفالة فى شبه حق الانتفاع ، أو أن يكون الحق العينى تابعا لحق عينى ، كرهن عقار ضمانا لحق انتفاع ، والحق الشخصى تابعا لحق شخصى ، كالكفالة فى الديون .

وأهمية التفرقة بين النوعين تظهر على الخصوص فى كون الحق التبعى ينتهى متى انتهى الحق الأصلى ، اذ التابع تابع .

الحقوق العينية المذكورة فى القانون

١٥٣ — ذكرت المجموعة المدنية فى المادة ٥/١٩/٥٤٣ و٢٠٩٥ و٢١١٤ ما يترتب على الأموال من الحقوق ، فقالت :

« تقبل الأموال أن يترتب عليها حقوق متنوعة بالنسبة للمنتفعين بها .

وهذه الحقوق هى :

أولا — حق الملكية .

ثانيا — حق الانتفاع .

ثالثا — حق الارتفاق بعقار الغير .

رابعا — حق الامتياز وحق رهن العقار وحق اختصاص الدائن بعقار مدينه كله أو بعضه لحصوله على دينه وحق الحبس » .

« Les biens sont susceptibles de droits différents par rapport à ceux qui en profitent; ces droits sont:

1° La propriété ;

2° L'usufruit ;

3° Les servitudes ;

4° Les *droits réels* de privilège, d'hypothèque, d'affectation et de rétention ».

ويلاحظ أنه قد جاء فى النص الفرنسى العبارة الآتية : 4° Les droits réels de .. . ولكن لفظ réels الوارد فيها لم يترجم فى النسخة العربية .

ويلحق بحق الانتفاع حق الاستعمال الشخصى وحق السكنى . ويكون حق الانتفاع بالعقار كما يكون أيضا بالمنقول .

ولم تذكر المادة ٥/١٩ الرهن الحيازى gage ، والظاهر أن الشارع أدمجه

ضمن حقوق الامتياز . و يتبع الرهن الحيازى رهن الفاروقة .

كذلك لم تذكر المادة ١٩ من المجموعة المختلطة ، المقابلة للمادة ٥ أهلى ، « حق اختصاص الدائن بعقار مدينه » ، وذلك لأن هـذا الحق لم يوجـد فى القانون المختلط الا فى سنة ١٨٨٦ ، بمقتضى الأمر العالى الصادر فى ٥ ديسمبر من السنة المذكورة ، ونص عليه فى المواد ٧٢١— ٧٢٦ مختلط ، وقد حل حق الاختصاص محل الرهن القضائى الذى كان منصوصا عليه فى المادتين ٦٨١ و٦٨٢ [(١)] .

١٥٤ — هل يجوز للعاقدين انشاء حقوق عينية غير التى ذكرها القانون أو تعديل الحقوق الموجودة ؟ — اختلف فى ذلك فى فرنسا . والرأى الغالب أنه يجوز ، لأن القانون لم ينص على منع ذلك . والقاعدة أن كل ما ليس ممنوعا فهو جائز . ولأن كل انسان حر فى التصرف فى أمواله كلها أو بعضها ، اما بمقابل أو بطريق التبرع ، بأية طريقــة يريدها ، بشرط ألا يكون فى الطرق التى يتخذها ما يخالف النظام العام .

وفى مصر قد حكمت المحاكم المختلطة بأن الحكر ، وهو انشاء مبان أو غرس أشجار على الأراضى الموقوفة ، يعتبر حقا عينيا [(٢)] .

ولكن انشاء حقوق عينية جديدة بارادة الانسان يعترضه عائق قانونى يجعل حصول ذلك نادرا جدا ، وهو أن الحق العينى المنشأ يوجب ، ككل حق عينى ، التزاما قبل كل شخص باحترام مركز صاحبه . وهـذا الالتزام من جانب الغير لا يمكن أن يتولد بارادة المدين ، بل يجب أن يكون موجودا قبل خلق الحق . فالأغيار لا يلزمون باحترام الحق الجديد الا لأنهم كانوا ملزمين باحترام حق منشئه ، فتكون النتيجة أن الحق المنشأ لا يمكن أن يكون الا جزءا من حق قديم موجود .

---

(١) راجع كتابنا « التأمينات » نبذة ٤٢٨ .

(٢) راجع استئناف مختلط ٥ ديسمبر ١٨٩٤ (٧ ص ٣) ، ١٢ مارس ١٨٩٦ (٨ ص ١٦٥) .

ومما تقدم يرى أن الحقوق الشخصية غير محدودة العدد ، فالالتزامات التى قد يتعهد بها شخص لغيره لا تدخل تحت حصر ، فيجوز انشاء حقوق شخصية تطبيقا لمبـدأ حرية التعاقد principe de la liberté des conventions ، بشرط ألا يترتب على هذه الحرية الاخلال بالنظام العام . على عكس الحقوق التى تقع مباشرة على الشىء ، أى الحقوق العينية ، فانها مبينة فى المـادة ٥/١٩/٥٤٣ كما تقدم .

الباب الثانى
فى الملكية
De la Propriété

١٥٥ — تعريفها — عرف القانون المصرى الملكية فى المادة ٢٧/١١ بقوله :

« الملكية هى الحق للمالك فى الانتفاع بما يملكه والتصرف فيه بطريقة مطلقة » .

« La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue».

وقد أخذ الشارع المصرى هذا التعريف من المادة ٥٤٤ من المجموعة المدنية الفرنسية ، ولكنه نقل الجزء الأول من المادة المذكورة ، وترك الجزء الأخير منها الذى يشير الى القيود التى تحد هذا الحق .

وهذا هو نص المادة ٥٤٤ :

« الملكية هى الحق للمالك فى الانتفاع بما يملكه والتصرف فيه بطريقة مطلقة بشرط ألا يستعمله استعمالا مخالفا للقوانين واللوائح » .

« La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements ».

وهذا التعريف وان كان أتم من تعريف القانون المصرى ، فانه محل للانتقاد للسببين الآتيين :

(١) لأنه بدلا من تعريف حق الملكية بتعيين طبيعته اكتفى ببيان أهم عناصره .

(٢) بينما ينص على صفة هذا الحق المطلقة أهمل النص على أن هـذا الحق هو أيضا حق مقصور على المالك دون سواه droit exclusif ، وأنه حق دائم .

وفضل جهور من الشراح التعريف الذى جاء به أوبرى ورو ، فى كتابهما

شرح القانون المدنى [١] ، وهو : « الملكية هى الحق الذى بمقتضاه يوضع شىء تحت ارادة شخص وتصرفه بصفة مطلقة قاصرة عليه دون سواه » :

« Le droit en vertu duquel une chose se trouve soumise d'une façon absolue et exclusive, à l'action et à la volonté d'une personne».

ولـكن هذا التعريف لم ينص على القيود التى تقيد حق الملـكية .

ونحن نرى تعريف حق الملـكية بما يأتى : الملـكية حق بمقتضاه يوضع شىء بصفة دائمة تحت ارادة شخص يكون له دون غيره أن ينتفع به ويتصرف فيه بكل التصرفات فى حدود القانون [٢] .

خصائص حق الملـكية

١٥٦ — للملـكية الخصائص الآتية ، فهى : (١) حق عينى ، (٢) حق مطلق ، (٣) حق مقصور على المالك ، (٤) حق دائم .

١٥٧ — (١) **الملكية حق عينى** Droit réel ; jus in re . وينبنى على ذلك أن للمالك بمقتضاها حق التتبع وحق الأولوية .

وهى ليست حقا عينيا فحسب ، بل انها أهم الحقوق العينية [٣] وأوسعها نطاقا ، وهى الأصل وباقى الحقوق العينية متفرعة عنها أو مشتقة منها .

وهى اما حق عقارى أو حق منقول ، بحسب موضوعها . فاذا كان موضوعها مالا ثابتا سميت الملكية العقارية propriété immobilière ou foncière . واذا كان موضوعها منقولا فهى منقولة propriété mobilière .

١٥٨ — (٢) **حق مطلق** Droit absolu — الملكية فى الأصل حق مطلق ، فللمالك الحق فى أن يتصرف فى ملكه كيفما شاء plena in re potestas . فله الحق فى أن يستعمله الاستعمال الذى يريده ، حتى لو كان الشىء لم يعد لمثل

---

(١) جزء ٢ نبذة ١٩٠ نوتة ١ .

(٢) راجع كتابنا « نطاق حق الملـكية » ص ١ .

(٣) droit réel par excellence ; droit réel type

ذلك الاستعمال ، وأن يغير فى شكله وتخصيصه وطريقة استغلاله ، وأن ينشىء فيه مبانى أو يغرس فيه أشجارا أو يحفر آبارا أو سواق الخ ، وأن يبيعه كله أو بعضه ، أو يقرر عليه حقوقا عينية لغيره ، وأن يتركه من غير أن ينقل ملكيته لأحد ، وأن يهدمه أو يتلفه أو يحرقه الخ [١] .

ولكن هذا الحق ، وان كان فى الأصل مطلقا ، فانه توجد قيود تقضى بتقييده . وقد نص القانون الفرنسى فى المادة ٥٤٤ ، كما رأينا ، على وجود هذه القيود .

والقيود التى تقضى بها القوانين واللوائح عديدة ومتنوعة ، وأهمها حقوق الارتفاق المنصوص عليها فى المواد ٣٣/٥٤/٦٤٠ وما بعدها ، وسيأتى الكلام فيها .

ولكن الأصل أن هذا الحق مطلق ، وعلى من يدعى العكس أن يقدم الدليل .

١٥٩ — (٣) هو مقصور على المالك Droit exclusif — الملكية حق مقصور على المالك دون غيره ، فللمالك وحده الحق فى الانتفاع بما يملكه والتصرف فيه ، فاذا أراد آخر الانتفاع بالمال الذى يملكه فله أن يقاضيه ويمنعه من التعدى على حقه ، ولو كان هذا التعدى بسيطا ، ولو لم يعد عليه منه ضرر .

غير أنه يجب ألا يفهم من كون حق الملكية مقصورا على المالك أنه يجب ضرورة أن ينتفع المالك بالشىء بنفسه ، بل ان له أن ينقل بعض حقوقه للغير ، كما فى حالة الايجار ، ولكن هذا الغير لا يستعمل الشىء باعتباره مالكا له ، بل يستعمله بالنيابة عن المالك .

وقد تكون للغير حقوق عينية على الشىء الذى هو محل الملكية ، كما لو كان له حق انتفاع أو حق ارتفاق ، وفى هذه الحالة يكون لذلك الغير الانتفاع بحقوقه ، وليس للمالك أن يمنعه .

---

(١) قارن المادة ٢١٧ وما بعدها عقوبات الخاصة بالحريق — وراجع ما سيجىء نبذة ١٦٤ .

وقد حكمت المحاكم الفرنسية ، بناء على أن حق المالك حق مقصور عليه دون غيره ، بهدم حائط مائل على أرض الجار ، وبازالة أسلاك مدتها شركة كهرباء فوق ملك خاص ، وبمنع لصق الاعلانات على الأملاك الخاصة من غير اذن مالكها ، أو على الأقل من غير رضائه الضمنى .

على أنه توجد قيود تحد هذه الصفة — صفة قصر حق الملكية على المالك — مثال ذلك ما جاء فى المادة ٨ من الأمر العالى الصادر فى ٢٢ فبراير ١٨٩٤ ، بشأن الترع والجسور ، فقد نصت هذه المادة على أنه اذا حصل صاحب أرض على رخصة انشاء مسقاة صيفية فى أرض خاصة فانه لا يترتب على حق ملكيته فى المسقاة منع باقى أصحاب الأراضى المجاورة من استعمال المسقاة لرى أراضيهم ، حتى فى زمن التحاريق ، وذلك بعد أن يأخذ صاحب تلك المسقاة كفاية أراضيه منها . ولكن يجب فى هذه الحالة على أصحاب الأراضى المجاورة أن يشتركوا مع صاحب المسقاة فى مصاريف الانشاء والصيانة على نسبة مساحة أراضيهم المنتفعة بتلك المسقاة .

وبما أن الملكية مطلقة ومقصورة على المالك فينتج عن هذا أن الأصل أن الملكية تكون تامة وخالية من كل تكليف أو ارتفاق ، وعلى الشخص الذى يدعى حقا على ملك الغير ، سواء بمقتضى القانون أو بناء على اتفاق ، أن يثبته .

١٦٠ — (٤) حق دائم Droit perpétuel — الملكية حق دائم . على أنه يمكن اعتبار هذه الصفة نتيجة لصفة كون الملكية حقا مطلقا .

ويترتب على كون حق الملكية دائما عدم سقوطه بمضى المدة ، كما تسقط الحقوق العينية الأخرى ، فاذا لم يستعمل المالك ملكه ولم يعمل عملا يظهر حقه ، فانه لا يفقد ملكية ماله بسبب ذلك ، اللهم الا اذا وضع آخر يده على ذلك المال وامتلكه بالتقادم المكسب ، ولكن فى هذه الحالة لا يضيع المال على المالك لكونه لم يستعمل حقه ، وانما يفقده لكون آخر امتلكه بمضى المدة ، بشرط أن تتوافر فيه الشروط اللازمة لهذا النوع من أسباب الامتلاك (١) .

---

(١) قارن المادة ٨٠/٥٧ التى بمقتضاها حق الملكية فى الأراضى البور الذى يكتسب =

وقد تكون الملكية مقترنة بشرط فاسخ résolutoire ، أو شرط واقف suspensive ، فهل تفقد صفتها الدائمة اذا تحقق الشرط أو أخفق بحسب الأحوال؟ نرى أن الملكية أن لا تفقد هذه الصفة ، وذلك بسبب الأثر الرجعي الذى للشرط [١] .

عناصر الملكية

Attributs de la Propriété

١٦١ — كان فقهاء القانون الرومانى يذكرون ثلاثة عناصر أو أركان للملكية ، ويسمونها L'usus ; le fructus ; l'abusus ، ويعبر عنها الشراح بالعبارات الآتية :

le jus utendi ، أى حق الاستعمال .

le jus fruendi ، أى حق الاستغلال .

le jus abutendi ، أى حق التصرف .

ويضيف بعض الشراح الى ذلك عنصرا رابعا ، يطلقون عليه le jus vindicandi ، أى حق طلب الشىء قضاء من حائزه . ولكن هذا ليس عنصرا من عناصر الملكية ، بل هو نتيجة لاعتبار الملكية حقا مقصورا على المالك دون غيره droit exclusif .

١٦٢ — حق الاستعمال — usus ; jus utendi ; droit d'user — هذا هو الحق فى استخدام الشىء فى جميع وجوه الاستعمال التى أعد لها ، أى التى تتفق مع طبيعته ، فبالنسبة للمنازل يكون هذا الحق بسكناها ، وبالنسبة للأرض بزراعتها ، وللحيوانات بركوبها ، وللثياب بلبسها .

١٦٣ — حق الاستغلال — fructus ; jus fruendi ; droit de jouir —

= بوضع اليد بالزرع أو الغرس أو البناء يسقط بعدم الاستعمال مدة خمس سنوات فى ظرف الخمس عشرة سنة التالية لأول وضع يده . وسيأتى الكلام فى ذلك .

(١) راجع كتابنا « نطاق حق الملكية » ص ١٣٩ وما بعدها والأمثلة المذكورة فيه .

هـذا الحق هو عبارة عن الحصول على ثمار الشيء التى يكون قابلا لانتاجها . فبالنسبة للمنازل الانتفاع بها هو اجارتها وتحصيل أجرتها .

١٦٤ — **حق التصرف** abusus ; jus abutendi ; droit de disposer — يشمل حق التصرف جميع أعمال التصرف ماديا matériellement ، بتغيير شكل الشيء أو استهلاكه أو اتلافه ، أو قانونا juridiquement ، بالتنازل عن الحقوق التى للمالك ، كبيع الشيء كله أو بعضه أو هبته ، أو تحميله حقوقا عينية .

ولا يفهم من لفظ abusus سوء الاستعمال ، أى اجراء عمل يستوجب اللوم ، أو ما يفهم اليوم من عبارة abus de droit ، أى سوء استعمال الحقوق أو التعسف فيها باجراء عمل مخالف للقانون . ولـكن فى القانون الرومانى كان لفظ abusus مستعملا مقابل كلمة usus ، وكان يفيد الاستعمال الذى لا يتجدد بالنسبة للمالك الحالى .

١٦٥ — **تفرع حق الملكية** — قد يجمع شخص واحد فى يده العناصر الثلاثة المتقدمة ، ويقال فى هذه الحالة ان لهذا الشخص الملكية التامة La pleine propriété ; plenum dominium . وقد تـكون لجملة أشخاص ، ويقال فى هذه الحالة ان الملـكية تجزأت démembrée ، فقـد يتنازل المالك عن حق الاستعمال وحق الاستغلال لغيره مدة معينة ، وقد تـكون هذه المدة مدة حياة ذلك الغير ، وقد يعطى الغير حق الاستعمال فقط ، أو حق الاستغلال فقط .

والذى يكون له حق استعمال الشيء وحق استغلاله يقال ان له حق الانتفاع بالشيء l'usufruit [1] .

والذى يكون له حق استعمال الشيء يقال ان له حق الاستعمال droit d'usage ، أو حق السكنى droit d'habitation اذا كان الاستعمال خاصا بمنزل

---

(١) كلمة usufruit مكونة من كلمتين هما usus و fructus .

والذى يكون له الحق فى استغلال الشىء يقال ان له حق الاستغلال droit de jouissance .

وحق التصرف اذا بقى وحده يسمى ملك الرقبة ، أو الملكية المجردة nudum dominium ; nue propriété ، وقد عبر عنه القانون فى المادة ٣٤/١٧ « بملك العين » ، وفرق بينه و بين حق الانتفاع بالعين .

وأهم عناصر الملكية هو حق التصرف ، وهو الذى يميزها عن غيرها من الحقوق العينية .

١٦٦ — ولم تذكر المادة ٥٤٤ فرنسى والمادة ٢٧/١١ مصرى ، فى تعريف الملكية ، الا حق الانتفاع droit de jouir ، أى حق الاستغلال ، وحق التصرف بما يملكه المالك ، ولم تذكر حق الاستعمال ، ولكن لا يوجد شك فى أن كلمة jouir المذكورة فى المادة تشمل حق الاستعمال وحق الاستغلال . وربما كان سبب عدم ذكر القانون حق الاستعمال هو أنه لا يتصور اليوم وجود حق استعمال مطلق مستقل عن حق الحصول على الثمار[1] .

ويلاحظ أن القانون المصرى فى المادة ٢٧/١١ استعمل لفظ « انتفاع »

---

(١) وكان فى القانون الرومانى حق الاستعمال مقصورا على حق استعمال الشىء usus non fructus ، ولكن حق الاستعمال أصبح اليوم يخول صاحبه حق الاستعمال وحق أخذ الثمار ، فيشبه حق الانتفاع ، ولا يوجد فرق بينهما الا فى أن صاحب حق الاستعمال ليس له أن يستولى الا على الثمار التى تكون ضرورية لحاجاته (راجع المادة ٦٣٠ فرنسى) .

ولكن لا يفهم من ذلك أن حق الاستعمال المجرد nudus usus لا يوجد اليوم ، فان القانون نفسه ذكر مثالا له هو حق السكنى ، فانه حق استعمال خاص بالمنازل ، ومن له هذا الحق لا يكون له الا أن يسكن ، فليس له أن يؤجر ويستولى على الأجرة ، كما نصت على ذلك المادة ٦٣٤ فرنسى بقولها « حق السكنى لا يجوز التنازل عنه أو اجارته » .

وبسبب ذلك قد استعمل القانون الفرنسى ، كما تقدم ، فى المادة ٥٥٤ ، التى عرفت الملكية ، وفى المادة ٥٧٨ ، التى عرفت حق الانتفاع ، كما استعمل أيضا القانون المصرى ، فى المواد ٢٧/١١ التى عرفت الملكية ، و٢٩/١٣ التى عرفت حق الانتفاع ، كلمة jouir ، لتشمل حق الاستعمال وحق الاستغلال .

مقابل كلمة jouir ، ولكنه فى المادة ٢٩/١٣ استعمل كلمة « استغلال » مقابل تلك الكلمة ، اذ جاء فيها: الانتفاع هو حق للمنتفع فى استعمال ملك غيره واستغلاله .

نطاق حق الملكية

Etendue du droit de propriété

١٦٧ — سنتكلم هنا فى حقوق المالك : (١) من حيث العلو والعمق ، (٢) من حيث الاستيلاء على الثمار .

(١) من حيث العلو والعمق

١٦٨ — ***فى القوانين الأوروبية*** — حق المالك فى الأرض لا يشمل سطحها فحسب ، بل يشمل أيضا ما تحتها وما فوقها .

وقد نصت على هذه القاعدة المادة ٥٥٢ فرنسى ، اذ قالت : « تتضمن ملكية الأرض ملكية ما فوقها وما تحتها . فيجوز للمالك أن يوجد على ظهرها ما يشاء من النباتات والأبنية ، مع مراعاة الاستثناءات المقررة فى باب حقوق الارتفاق أو الارتفاقات العقارية . ويجوز له أن يحدث فى باطنها ما يشاء من الأبنية والحفر ، وأن يستخرج من هذه الحفر كل ما يمكن أن تنتجه من الحاصلات ، بشرط اتباع الأوضاع التى تقتضيها القوانين واللوائح الخاصة بالمناجم ، والقوانين واللوائح الخاصة بالبوليس » .

غير أن هذه المادة قررت المبدأ بصفة عامة ، من غير أن تقيد الملكية الهوائية domaine aérien وملكية باطن الأرض domaine souterain ، أى من غير أن تذكر الى أى مدى يمتد حق المالك فى العلو على ظهر الأرض ، وفى العمق فى باطنها .

على أن المحاكم قد قضت بأن الملكية من حيث العلو ، ومن حيث العمق ، ليست حقا مقصورا على المالك وحده .

وقد اقترح بعض الشراح فى فرنسا قسمة المسافة الهوائية الى طبقات ،

فالطبقة القريبة من الأرض تكون لمالكها ، والثانية التى تليها تكون خاضعة لسيادة الدولة ، وطبقة ثالثة أعلى منها تكون حرة . الا أن هذا الرأى لا يمكن تطبيقه ، لأنه لا يمكن التفريق بين الطبقات ، فضلا عن أنه لا يوجد ما يقرر ارتفاع كل طبقة .

وقد أباح قانون ٣١ مايو سنة ١٩٢٤ فى فرنسا جولان المناطيد ، الا أنه قيده ، اذ نص على أن حق تسيير الطيارات والمناطيد فوق الأملاك الخاصة لا يجوز اجراؤه الا فى الأحوال التى لا تعوق استعمال حق المالك .

والقانون الألمانى ، بعد أن قرر أن ملكية الأرض تشمل ما فوقها وما تحتها ، أضاف فى المادة ٩٠٥ أنه ليس للمالك أن يعارض فيما يعمل على مسافة فى باطن الأرض أو فوق ظهرها بحيث لا تكون له أية مصلحة فى منعه .

وكذلك قيدت المادة ٦٦٧ من القانون السويسرى نطاق حق الملكية بقولها : تشمل ملكية الأرض ملكية كل ما فوقها من العلو وما تحتها من العمق بقدر ما يكون نافعا لاستعمالها [1] .

فبمقتضى القانون الألمانى والقانون السويسرى يقيد حق الملكية من حيث العلو والعمق بمقدار فائدة المالك ومنفعته .

وتقرير هذا القيد دعا اليه تقدم العلوم والصنائع الحديثة التى تكثر من يوم لآخر من استخدام الفضاء وباطن الأرض .

وقد أحسن القانون الألمانى والسويسرى فى تقييد حق الملكية لحسم الخلاف الذى قد ينشأ بسبب استخدام العلو أو باطن الأرض ، كما فى حالة انشاء أسلاك الكهرباء أو التليفون أو التلغراف أو أنابيب الغاز أو تسيير الطيارات والمناطيد .

١٦٩ — فى القانون المصرى — لم تخصص القوانين المصرية للملكية الا المادة ٢٧/١١ و٢٨ ، ولم تذكر المبدأ المتقدم ، مع وجوده فى جميع القوانين

---

(١) راجع أيضا المادة ٦٨١ سويسرى .

الأور بية ، ولكن لا يؤخذ من ذلك أن حق مالك الأرض لا يشمل الا سطحها ، بل يجب تطبيق المبدأ الذى قررته المادة ٥٥٢ فرنسى ، مع عدم اطلاقه وتقييده بما قررته المحاكم (١) .

وقد صدر أخيرا المرسوم بقانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٣٥ ، بشأن الملاحة الجوية ، ونص على ما يأتى :

مادة ١ — للدولة كامل السيادة المطلقة على الفضاء الجوى الذى يعلو أراضيها . وتشمل كلمة « أراضى » المياه الأقليمية المجاورة .

مادة ٢ — تنظم الملاحة الجوية بمراسيم .

وجاء فى المرسوم الصادر بتاريخ ٢٣ مارس سنة ١٩٣٥ (يوم صدور المرسوم بقانون المتقدم) — وهو مكون من ١٨ مادة — أنه لا يجوز لأية طائرة أن تطير فوق الأراضى المصرية أو أن تهبط عليها دون أن تحصل مقدما على ترخيص بذلك من وزير المواصلات . وتشمل كلمة طائرة كل البالونات المقيدة أو الطليقة والمناطيد والطيارات والمطيرات والملحقات وكذا كافة الأجهزة التى تستطيع أن ترتفع أو تسير فى الهواء .

(٢) من حيث الاستيلاء على الثمار

١٧٠ — التفرقة بين الثمار والحاصلات — ما ينتجه الشىء ينقسم الى قسمين : (١) ثمار fruits ، (٢) حاصلات produits .

---

(١) والمبدأ المذكور فى المادة ٥٥٢ فرنسى مطابق لحكم الشريعة الغراء ، اذ جاء فى المادة ١١٩٤ من المجلة : «كل من ملك محلا صار مالكا ما فوقه وما تحته أيضا ، يعنى أنه يتصرف فى العرصة التى هى ملكه بالبناء والتعلى به كما يشاء ، وسائر التصرفات ، كحفر أرضها لاقامة المخزن ، والتعمق فى حفرها كما يشاء عمقا لانشاء البئر » . وجاء فى المادة ١١٩٥ : « من أحدث فى داره بيتا ليس له أن يبرز وفرانه على هواء دار جاره ، فان أبرزه يقطع منه ما جاء على هواء تلك الدار » . وفى المادة ١١٩٦ : « من امتدت أغصان شجر بستانه الى دار جاره أو بستانه فلجاره أن يكلفه تفريغ هوائه بالربط أو القطع » .

أما الثمار فهى كل ما ينتجه الشيء فى أوقات دورية منتظمة ، من غير تغيير أو نقص فى جوهره ، مثل نتاج الحيوانات وأجور المنازل . وهى اما طبيعية ، أو صناعية ، أو مدنية .

فالثمار الطبيعية fruits naturels هى التى ينتجها الشيء من نفسه بدون فعل انسان ، مثل كلأ المروج الطبيعية ، ونتاج المواشى (المادة ٥٨٣ فقرة أولى فرنسى) .

والثمار الصناعية fruits industriels هى التى ينتجها الشيء بناء على فعل الانسان ، مثل الحاصلات الزراعية (المادة ٥٨٣ فقرة ٢ فرنسى) .

والثمار المدنية fruits civils هى مبالغ النقود التى ينيلها الشيء فى أوقات دورية ، مثل أجور الأراضى والمنازل وفوائد الأموال (المادة ٥٨٤ فرنسى) ، فهى الأجرة الدورية المستحقة من الغير للمالك الذى تقل اليه استغلال الشيء أو الانتفاع به .

وأما الحاصلات الأخرى produits فهى التى ليست لها صفة الثمار ، لأنها لا تحصل فى أوقات دورية ، أو لأنها تنقص مقدار الشيء وتقتطع جزءا من أصله ، مثل الأحجار التى تستخرج من المحاجر ، والمعادن التى تؤخذ من المناجم .

١٧١ — عدم أهمية هذا التقسيم من حيث الملكية — تقسيم ماينتجه الشيء الى ثمار وحاصلات ، وتقسيم الثمار الى طبيعية وصناعية ومدنية ، ليست له أهمية من حيث الملكية ، لأن للمالك الحق فيها جميعها ، فقد جاء فى المادة ٢٨/١١ فقرة ثانية :

« ويكون بها (بالملكية) للمالك الحق فى جميع ثمرات ما يملكه سواء كانت طبيعية أو عارضية وفى كافة ما هو تابع له » .

"Elle (la propriété) donne droit à tous les produits naturels, ou accidentels, et à tous les accessoires".

ويلاحظ أن المادة ذكرت الثمرات الطبيعية والعارضية ، وذكرت فى

النسخة الفرنسية كلة « produits » مقابل لفظ « ثمرات » ، وهذه الكلمة يقصد بها الشارع كل أنواع الحاصلات والثمار ، ســواء أكانت طبيعية أم صناعية أم مدنية ، اذ كما قلنا للمالك جميع ثمار وحاصلات ما يملكه ، الا اذا تنازل عنها لآخر ، مثل صاحب حق الانتفاع [١] .

والمالك له الحق فى الثمار ، ســواء أنتجت بفعله هو أم بفعل غيره ، وسواء أجناها هو أم حصلها غيره ، وانما اذا كان المالك قد حصل عليها بفعل الغير فانه يجب عليه أن يدفع لذلك الغير مصاريفه [٢] ، تطبيقا لقاعدة أن « ليس لأحد أن يثرى من غير سبب على حساب غيره » : nul ne doit s'enrichir sans cause au dépens d'autrui .

١٧٢ — أهمية التقسيم من حيث حق الانتفاع — للتقسيم المتقــدم أهمية كبرى من حيث حق الانتفاع ، لأن صاحب حق الانتفاع ليس له حق الا فى الثمار بمعناها الحقيق (المادة ٥٨٢ فرنسى) . وبالنسبة لهذه فان الثمار الطبيعية والصناعية تكون له بتحصيلها أو قبضها perception (المادة ٥٨٥ فرنسى) ، أما الثمار المدنية فيمتلكها يوما فيوما (المادة ٥٨٦ فرنسى) . ولذلك لم يعرف القانون الفرنسى الثمار الطبيعية والصناعية والمدنيــة عند تكلمه فى الملكية ، بل عرفها عند الكلام فى حق الانتفاع (المادة ٥٨٢ وما بعدها) [٣] .

١٧٣ — أهمية التقسيم من حيث وضع اليد — للتقسيم أهميــة أيضا من حيث وضع اليد ، فان واضع اليد حسن النية يمتلك الثمار ، دون الحاصلات ، بالتفصيل الذى سنبينه الآن .

امتلاك واضع اليد الثمار

١٧٤ — القاعدة — الأصل كما تقــدم أن الثمار التى ينتجها الشىء

(١) راجع المادة ٥٤٦ فرنسى .

(٢) وقد قررت ذلك المــادة ٥٤٨ فرنسى اذ قالت : « الثمار النــاتجة من الشىء لا يمتلكها المالك الا بشرط دفع مصاريف الحرث والعمل والبذور التى قام بها الغير » .

(٣) راجع ما سيجىء نبذة ٣٢٩ .

يمتلكها المالك أو من ينتقل اليهم حقه فى استغلال الشىء ، مثل صاحب حق الانتفاع والزارع ، فاذا وجد الشىء فى يد من ليس له حق فيه فللمالك أن يطلب استرداده ، وكذلك استرداد ثماره التى جناها واضع اليد ، أو قيمتها اذا كانت قد استهلكت ، بل له أن يطالبه بالثمار التى أهمل جنيها .

١٧٥ — استثناء : واضع اليد حسن النية — ولكن لهذه القاعدة استثناء ، فان لواضع اليد حسن النية أن يمتلك الثمار التى يحصلها ما دام حسن النية ، وقد نص على ذلك القانون الفرنسى فى المادة ٥٤٩ التى جاء فيها :

« واضع اليد لا يمتلك الثمار fruits الا اذا كان وضع يده بحسن نية ، أما اذا لم يكن كذلك فيجب عليه أن يرد الثمار « produits » مع الأصل الى المالك الذى يطلب استرداده » (١) .

«Le simple possesseur ne fait les fruits siens que dans le cas où il possède de bonne foi : dans le cas contraire, il est tenu de rendre les produits avec la chose au propriétaire qui la revendique ».

وبناء على هذه المادة يكون لواضع اليد على شىء ينتج ثمارا الحق فى امتلاك الثمار ، اذا كان حسن النية ، وسواء أحصل وضع اليد على عقار أم على منقول .

ولم يذكر القانون المصرى الاستثناء الوارد فى المادة ٥٤٩ فرنسى عند كلامه فى حق الملكية . فهل يستنتج من سكوته أنه لم يشأ أن يترك لواضع اليد حسن النية الثمار التى يحصلها ، وأنه يلزم بردها الى المالك ؟

قد يستنتج ذلك . ولكن يجب العمل بالرأى الذى قال به شراح القانون والقضاء ، وهو الأخذ بالاستثناء المتقدم بالنسبة للقانون المصرى . وقد بنى هذا الرأى على المادتين ١٤٥ و١٤٦/٢٠٦ و٢٠٧ اللتين جاء فيهما : المادة ١٤٥/٢٠٦ :

« من أخذ شيئا بغير استحقاق وجب عليه رده » .

" Celui qui a reçu ce qui ne lui était pas dû est obligé à le restituer ".

---

(١) يلاحظ أن المادة قد استعملت لفظى fruits و produits فى المعنى ذاته .

المادة ١٤٦/٢٠٧ :

« فاذا أخذ ذلك الشيء مع علمه بعدم استحقاقه له[1] كان مسئولا عن فقده وملزما بفوائده وريعه » .

"Il est responsable de la perte et des intérêts et des fruits s'il a reçu de mauvaise foi".

وقد أقرت المحاكم المصرية هـذا الرأى فى أحكام عديدة صادرة منها . فقررت أن واضع اليد ، متى كان حسن النية ، يمتلك ثمار العين ولا يلزم بردها . وذلك لأنه وان كان القانون المصرى لم ينص صراحة على القواعد التى جاء بهـا القانون الفرنسى فى المادتين ٥٤٩ و ٥٥٠ ، فانه يؤخـذ من نص ومفهوم المادة ١٤٦/٢٠٧ مدنى أنه لا يخالف القانون الفرنسى فى تلك القواعد ، اذ أنه فى المادة المذكورة قرر أن من أخذ شيئا بغير استحقاق مع علمه بعدم استحقاقه له كان مسئولا عن فقده وملزما بفوائده وريعه ، فقد نص بذلك على أن المغتصب السيء النية ، وهو الذى يعلم عدم استحقاقه ، ملزم بالريع ، ومفهوم ذلك أنه اذا كان واضع اليد لا يعلم عدم استحقاقه ، أى اذا كان حسن النية ، فلا يلزم بالريع ، وبما أن العلة تدور مع المعلول وجودا وعدما فاذا طرأ على حسن النية تغيير ، بأن علم واضع اليد بعد أخذه الشيء بعدم استحقاقه له كان ملزما بالريع من تاريخ هذا العلم .

وقد أخذت المحاكم المصرية بكل القواعد التى جاء بها القانون الفرنسى والتى أقرتها المحاكم بفرنسا[2] .

١٧٦ — سبب امتلاك واضع اليد حسن النية الثمار — سبب منح واضع اليد حسن النية الثمار اعتبارات عادلة ، وهى أن واضع اليد حسن النية لاعتقاده أن الثمار ملكه يستهلكها ، لأنها عبارة عن ايراد ، و بصفتها هذه هى معدة لأن

---

(١) يقابل عبارة « مع علمه بعدم استحقاقه له » فى النص الفرنسى : "de mauvaise foi" (بسوء نية) .

(٢) راجع كتابنا « الملكية والحقوق العينية » ١ نبذة ٢٢١ وما بعدها .

تصرف ، والزامه بعد عدة سنوات برد كل الثمار التى حصل عليها يلحق به ضررا ، وربما يؤدى به الى الخراب . ولكن لو كان الأمر كذلك لوجب ألا تترك له الا الثمار التى يكون قد استهلكها كما كان الحال فى القانون الرومانى ، لا الثمار التى لم يستهلكها بعد . ورد على ذلك بأن القانون أراد ملافاة كل المشاكل ومنع الصعوبات التى قد تنشأ لمعرفة كون واضع اليد قد استهلك الثمار التى جناها أم لا .

ويمكن ايراد علة أخرى ، وهى أن الثمار التى تترك لواضع اليد تعتبر منحة له من المالك مقابل العناية التى قام بها نحو الشىء .

يضاف الى ما تقدم أنه قد لا يكون من جهة واضع اليد اهمال أو تقصير يمكن أن ينسب اليه ، بل بالعكس فان اهمال خصمه مراقبة شئونه قد انبنى عليه تعريضه للخسارة ، ففضل القانون فى هذه الحالة مصلحة واضع اليد حسن النية على مصلحة المالك .

١٧٧ — **تعريف واضع اليد حسن النية** — عرفت المادة ٥٥٠ فرنسى واضع اليد حسن النية بقولها :

« يكون واضع اليد حسن النية اذا وضع يده بصفة مالك بناء على سند ناقل للملكية وكان يجهل عيوبه » .

"Le possesseur est de bonne foi quand il possède comme propriétaire, en vertu d'un titre translatif de propriété dont il ignore les vices ».

فواضع اليد اذا اعتقد أنه مالك ، كما اذا اشترى عينا ، وظن خطأ أنه تعامل مع المالك ، والواقع أنه تعامل مع غير المالك non dominus ، يعتبر حسن النية .

١٧٨ — **شروط حسن النية** — لا يكفى أن يعتقد واضع اليد أنه مالك وأن يضع يده بصفته مالكا ، بل يجب لتوافر حسن النية شرطان : (١) أن يكون وضع يده بناء على سند ناقل للملكية ، (٢) أن يجهل عيوب سنده ، فهو ليس بمغتصب ، فلا يستولى على الشىء من غير حق ، بل يتسلمه من شخص ينقله اليه بسند .

١٧٩ — (١) سند ناقل للملكية — ليس المقصود من السند : المحرر ، أو الكتابة instrumentum التى تثبت العمل أو التصرف الذى بمقتضاه حاز واضع اليد الشىء ، بل يقصد منه العمل القانونى negotium الذى هو سبب وضع اليد ، مثل البيع أو المقايضة أو الهبة .

ويجب أن يكون السند بطبيعته « ناقلا للملكية » لو كان صحيحا ، أى أن يكون صالحا فى ذاته لنقل الملكية ، بصرف النظر عن صدوره من المالك الحقيقى أو من سواه ، وعن كون الصادر منه العقد متمتعا بأهلية التصرف أو لا ، مثل البيع والمقايضة والهبة والوصية ، لا أن يكون مثل الرهن الحيازى والاجارة والعارية والوديعة .

ويجب أن يشبه بالسند الناقل للملكية السند المنشىء أو الناقل لحق انتفاع أو استعمال .

١٨٠ — (٢) جهل عيوب السند — يجب أن يكون واضع اليد « جاهلا عيوبه » ، أى جاهلا الأسباب التى تمنع العمل القانونى من احداث أثره الذى يترتب عليه نقل الملكية ، لا فرق بين العيوب المتعلقة بالشكل vices de forme ، أو بالموضوع de fond ، ولا بين العيوب التى يترتب عليها بطلان العمل القانونى بطلانا مطلقا أو بطلانا نسبيا ، ولكن اذا كان البطلان متعلقا بالنظام العام ordre public ، أى اذا كان العيب عبارة عن مخالفة نص متعلق بالنظام العام ، فانه لا يكون للسند أية قيمة ، ولو كان واضع اليد يجهل العيب .

١٨١ — السند الظنى — من رأى الفقه والقضاء أنه رغم نص المادة ٥٥٠ فان السند الظنى titre putatif ou imaginaire يجيز امتلاك الثمار متى كان واضع اليد يعتقد وجود سند له ، ولو أن السند لا يوجد فى الواقع الا فى مخيلته ، اذ أن وجود السند ليس شرطا مستقلا عن حسن النية ، وانما هو ركن أو دعامة أو تأييد لحسن النية ، فاذا فرض أن شخصا توفى وترك أموالا ، فوضع قريب له يده عليها باعتقاد أنه وارثه ، ولكن وجد بعد ذلك وارث أقرب منه تؤول اليه

الأموال المتروكة ، فسند الأول الوهمى الذى لم يوجد الا فى مخيلته يزول ، ولكن واضع اليد هذا كان حسن النية فتكون له الثمار [١] .

١٨٢ — ويلاحظ أنه فى موضوع التقادم المكسب يشترط القانون وجود سند صحيح . وسبب الفرق بين حالة مجرد وضع اليد وحالة التقادم المكسب هو أن التقادم المكسب يترتب عليه حرمان المالك من ملكه ، أما فى حالة وضع اليد فلا يحرم الا من الثمار [٢] .

١٨٣ — **اعتبار حسن النية بالنسبة لواضع اليد** — يجب تقدير حسن النية بالنسبة لشخص واضع اليد . فالوارث الذى أخذ الثمار وكان حسن النية يمتلكها ، ولو أن مورثه سيء النية ، ولا يمتلكها اذا كان سيء النية ، ولو ان مورثه حسن النية .

١٨٤ — **اعتبار حسن النية وقت جنى الثمار** — يجب تقدير حسن النية وقت جنى الثمار ، فيمتلك واضع اليد الثمار اذا كان حسن النية وقتئذ .

فسوء النية الطارىء يحرم واضع اليد من امتلاك الثمار التى يجنيها بعد ذلك ، لأن السبب الذى دعا لاكتسابه الثمار يكون قد زال . وقد جاء فى المادة ٥٥٠ فقرة ٢ فرنسى : « ويزول اعتباره (أى واضع اليد) حسن النية من الوقت الذى يعلم فيه بهذه العيوب » .

وفى هذا تختلف القاعدة هنا عن القاعدة المقررة فى التقادم المكسب ، اذ لا يشترط حسن النية فيه الا عند وضع اليد ، ولا يهم زواله بعد ذلك ، فاذا علم

---

(١) راجع نقض ٢٢ مايو ١٩٣٥ ملحق مجلة القانون والاقتصاد ٥ ص ٢٤٨ رقم ٦٦ .

(٢) وقد حكم بأنه خلافا للتقادم المكسب الذى يلزم فيه وجود سند صحيح علاوة على حسن النية ، فانه يكفى لامتلاك الثمار أن يوجد سند ظنى ، كما اذا اعتقد واضع اليد بسبب خطأ يمكن تبريره أن له حقا على الشيء الذى فى حيازته ، كالحالة التى تقاس فيها بمعرفة طرفى العقد ، الأرض المبيعة ، تنفيذا لعقد البيع ، فيضع المشترى يده على المقدار الذى قيس والذى ظهر فيما بعد أنه أكثر من المبيع بسبب خطأ فى المقاس ، ولو لم يثبت البائع أن المشترى كان يعلم به (استئناف مختلط ١٦ يونيه ١٩١٠ (٢٢ ص ٣٧٢) .

واضع اليد فيما بعد أن الذى تلقى الحق عنه لم يكن مالكا فلا يغير هذا شيئا ، ولا يمنعه من الاستمرار فى وضع يده بقصد الامتلاك .

Mala fides super veniens non impedit usucapionem (La mauvaise foi survenante n'empêche pas la prescription).

١٨٥ — **افتراض حسن النية** — الأصل حسن النية ، وعلى المسترد أن يثبت أن واضع اليد كان يعلم العيوب التى تشوب سنده . فاذا لم يثبت ذلك فلا يلزم واضع اليد برد الثمار [١] .

ولكن هذا الحكم له استثناءان :

(١) اذا كان سند واضع اليد ظنيا putatif ، فيجب عليه أن يثبت حسن نيته ، أى يبين الأسباب التى دعته الى الاعتقاد بوجود سند .

(٢) اذا كان الخطأ فى القانون erreur de droit ، فيجب على واضع اليد أن يبرر خطأه ، اذ الأصل أنه ليس لأحد أن يجهل القانون Nemo censitur ignorare legem (personne n'est censé ignorer la loi).

١٨٦ — **الثمار التى يمتلكها واضع اليد حسن النية** — الثمار التى يستولى عليها واضع اليد حسن النية هى الثمار بمعناها الحقيقى fruits ، فلا يمتلك الحاصلات الأخرى autres produits .

وبالنسبة للثمار فالتى تكون له هى الثمار التى جناها perçus ، أى التى فصلت عن المال ، سواء أكان قد استهلكها أم لا ، لأن القانون الفرنسى ، خلافا للقانون الرومانى ، لا يفرق بين الحالتين . أما الثمار التى لا تزال متصلة pendants فلا يستحقها واضع اليد [٢] .

---

(١) لم يذكر القانون الفرنسى هذا الحكم ، ولكن المادة ٢٢٦٨ قررته فى باب التقادم ، ويمكن التردد فى تطبيق حكم هذه المادة هنا ، لأنه يجب عدم التوسع فى القرائن ، غير أن الفقه والقضاء يطبقان حكمها بطريق القياس لنفس الأسباب ، فيكفى أن يقدم واضع اليد سنده ، لأن القانون يعتبره دليلا على حسن نيته ، وليس عليه أن يثبت شيئا ، بل على المسترد أن يثبت أن واضع اليد كان يعلم عيوب السند .

(٢) ويجب أن يكون جنى الثمار حصل بناء على فعل من واضع اليد ، ففصل الثمار بحادث جبرى مستقل عن ارادته لا يكفى ، بل يجب أن يوجد فعل صادر عن ارادته =

ولا فرق فيما تقدم بين أنواع الثمار الثلاثة ، أى بين الثمار الطبيعية والصناعية والمدنية ، وان كان من رأى بعض الشراح أن اثمار المدنية تملك يوما فيوما كما فى حق الانتفاع ، ولكن من رأى معظم الشراح أنها لا تملك الا بالقبض كباقى الثمار ، ومن وقت دفعها بالفعل الى واضع اليد ، لأنه يوجد فرق بين حالة المنتفع وحالة واضع اليد ، اذ صاحب حق الانتفاع له حق عينى فى الشىء ، بخلاف واضع اليد ، ولذا لا يكون له الحق فى الثمار الا اذا جناها بالفعل . فاذا وضع شخص يده على عقار ، وكان مؤجرا ، وكانت الأجرة تحل فى اليوم التالى للاسترداد ، أو أنها حلت ولكن استرد العقار قبل أن يقبضها واضع اليد ، فلا يكون له أن يطالب بجزء من الأجرة مقابل مدة حيازته . يضاف الى ذلك أن نص المادة ٥٤٩ الذى يقرر أنه يجب على واضع اليد سيىء النية أن يرد الثمار لا يسمح بطريق العكس لواضع اليد حسن النية الا أن يحتفظ بالثمار التى جناها ، ولا يجيز له أن يطالب بغيرها .

وقد جرى البحث فيما اذا حصل واضع اليد حسن النية الثمار المدنية (الأجرة مثلا) مقدما ، هل يطبق نفس الحكم ؟ — من غير شك ان رد هذه الثمار يلحق به خسارة قد تكون كبيرة ، ولكن الشراح يترددون ، ويقولون ان واضع اليد ليس له الا الاستيلاء العادى ، ولا يوجد ما يبرر معاملته معاملة أفضل من المنتفع .

١٨٧ — مصاريف الثمار التى يأخذها المالك — بالنسبة للثمار الطبيعية والصناعية التى لا تزال معلقة فى غصونها أو متصلة بجذورها يجب على المالك الذى يستولى عليها عند استرداد العقار أن يعوض واضع اليد حسن النية المصاريف التى صرفها ، تطبيقا لقاعدة « ليس لأحد أن يثرى من غير سبب على حساب غيره » (nul ne doit s'enrichir sans cause au dépens d'autrui) .

= un acte de volonté . وهذا الحكم وان لم يذكر صراحة فى القانون المدنى فانه كان متبعا فى القانون الفرنسى القديم . وعلى واضع اليد أن يثبت أن جنى الثمار حصل بمعرفته .

١٨٨ — **المبنى القانونى لاكتساب الثمار** — يستند اكتساب واضع اليد حسن النية الثمار الى قرينة استهلاكها ، وهذا هو التعليل الصحيح للقاعدة ، ويترتب عليه :

(١) أن الثمار التى يكتسبها واضع اليد هى الثمار المعدة لأن تستهلك ، فتخرج الحاصلات .

(٢) أن الثمار التى يستولى عليها واضع اليد مقدما يجب ردها .

ويرى بعض الشراح اسناد اكتساب الثمار لقاعدة « الحيازة فى المنقول سند الملكية » : " En fait de meubles possession vaut titre " ، لأن الثمار تصير منقولة بمجرد فصلها عن الأرض . ولكن هذا التعليل غير صحيح ، والا ترتب على ذلك أن كل الثمار التى تفصل تصير منقولة وتصبح مملوكة لواضع اليد حسن النية ، فيكون له : (١) كل الثمار والحاصلات ، (٢) الثمار التى يستولى عليها مقدما ، لأنها منقولة . ويجب عدم الأخذ بهذا التفسير ، لأن اكتساب واضع اليد الثمار جاء من طريق القانون الرومانى ، أما قاعدة « الحيازة فى المنقول سند الملكية » فلم تعرف الا فى القرن السابع عشر ، فلا يمكن أن يكون مبنى اكتساب الثمار هذه القاعدة ، على أن القاعدة المذكورة لا تسرى الا على المنقولات التى يطلب ردها بصفة أصلية ، لا على المنقولات ، مثل الثمار ، التى تطلب تبعا للمال الأصلى ، وهو العقار المطلوب استرداده .

١٨٩ — **انقطاع اكتساب الثمار** — ينقطع حق واضع اليد فى اكتساب الثمار من الوقت الذى يزول فيه حسن نيته .

ويزول حسن النية من الوقت الذى يعلم فيه بالعيوب التى تشوب سنده ، كيفما كان سبب علمه ، أى سواء أكان ذلك برفع الدعوى عليه أو بانذاره قبل رفع الدعوى عليه أو بطريقة أخرى .

١٩٠ — **مقاضاة واضع اليد** — اختلفت المحاكم فى حالة رفع الدعوى :

هل يلزم واضع اليـد حسن النية برد الثمار من وقت رفع الدعوى ، أم من وقت الحكم ؟

فقرر معظم الأحكام أن واضع اليـد حسن النية يكون مسئولا عن الريع من وقت رفع الدعوى ، أى من وقت وصول الاعلان اليـه . وليس ذلك لأن مجرد رفع الدعوى يظهر لواضع اليـد فساد وضع يده ، اذ أنه يصح أن توجيـه الدعوى اليه لا يقلل شيئا من ثقته فى صحة السبب الذى اعتمد عليه فى وضع يده ، فيظل حسن النية لحين الحكم نهائيا ، بل حقيقة السبب فى الزام واضع اليد برد الثمار هو أنه يجب على القاضى عند اصدار حكمه أن يراعى الحالة التى كانت حين رفع الدعوى ، ويضع كلا من الخصوم فى المركز الذى كان يستحقه فيما لو تيسر له فصل الخصومة بمجرد رفعها اليه ، وذلك تبعا للقاعدة المقررة من أن بطء القضاء فى اصدار الأحكام يجب ألا يؤثر فى المتقاضين .

وقررت بعض الأحكام أنه وان كانت المحاكم قد جرت على اعتبار انتهاء حسن النية من يوم اعلان الدعوى اذا صدر بعد ذلك حكم لمصلحة المسترد بحجة أن الحكم يعتبر مقررا للحق الذى طولب به ، فانه اذا اتضح من ظروف الدعوى أن حسن النية استمر لحين الحكم النهائى فلا يلزم واضع اليد بالريع الا من تاريخ صدور هذا الحكم .

ونحن نفضل الرأى الأول للأسباب المتقدمة (١) .

١٩١ — واضع اليد سىء النية Possesseur de mauvaise foi —

يجب على واضع اليد سىء النية أن يرد الى المالك ، الذى يطلب استرداد ماله ، كل الثمار fruits التى حصل عليها أو قيمتها ، سواء أكانت الثمار طبيعية أم صناعية أم مدنية ، كما يجب عليه أن يرد الحاصلات produits ، أو قيمتها . كذلك يجب عليه أن يرد الثمار التى أهمل جنيها ، وكل ذلك من الوقت الذى يبدأ فيه انتفاعه

---

(١) راجع الأحكام العديدة الصادرة فى هذا الموضوع فى كتابنا « الملكية والحقوق العينية » ١ نبذة ٢٢٨

بالشيء ، لا من وقت مطالبته رسميا .

ولم يعامل الشارع واضع اليد سيء النية معاملة حسن النية ، لأنه كان سيء الطوية ، ولابد أن يكون قد فكر فى أنه قد يأتى وقت يلزم فيه بالرد .

ويجب على واضع اليـد سيء النية أن يرد أيضا الثمار التى حصلها من تلقوا الملك عنه ، ولو كانوا حسنى النية .

ويلاحظ أن واضع اليد سيء النية لا يلزم برد الثمار الا اذا كان الشيء ينتج ثمارا ، وأنه اذا تم له امتلاك الشيء بمضى المدة ، فلا يطالب برد الثمار .

١٩٢ — الفرق بين حسن النية فى موضوع امتلاك الثمار وفى موضوع التقادم — راجع ما سيجيء فى باب التقادم .

قيود حق الملـكية

Limitations ou restrictions

١٩٣ — أنواعها — قلنا ان حق الملكية ، وان كان فى الأصل مطلقا ، فانه توجد قيود عديدة تقيده . ويمكن تقسيم هذه القيود وحصرها فى ثلاثة أنواع :

(ا) القيود المقررة فى القانون مراعاة للمصلحة العامة dans un intérêt public ou dans l'intérêt de la collectivité

(ب) القيود المقررة فى القانون مراعاة للمصلحة الخاصة dans un intérêt privé (أو الالتزامات الجوارية obligations de voisinage) .

(ج) القيود الاختيارية أو الاتفاقية التى يتفق المتعاقدون من تلقاء أنفسهم على تقريرها (أو اشتراطات عدم التصرف clauses d'inaliénabilité) .

(ا) القيود القانونية المقررة للمصلحة العامة

Restrictions d'intérêt public

١٩٤ — عرفنا أن المادة ٥٤٤ فرنسى قررت ، فى آخرها ، أنه يجب على

المالك ألا يستعمل الشيء المملوك له استعمالا مخالفا للقوانين واللوائح [(١)] .

ومن ذلك يتضح أنه يوجد فى القوانين واللوائح الفرنسية ما يقيد حق الملكية .

وقد قلنا ان القانون المصرى ، وان لم ينص فى تعريف الملكية على وجود هذه القيود ، فان هذه القيود موجودة فى مصر ، كما هى موجودة فى فرنسا . ولكن الى أى حد يتدخل الشارع أو جهات الادارة لتقييد حق الملكية ؟ لم تضع المادة ٥٤٤ فرنسى حدا لذلك ، والظاهر أنها خولتهم كل السلطة فى تقرير القيود التى يرونها لازمة .

وأغلب القيود التى من هذا النوع خاص بالملكية العقارية ، لأن مجموع الناس لا يهتم كثيرا بأن يستعمل المالك منقولا استعمالا بدل آخر .

وهذه القيود عديدة ، ومن الصعب حصرها جميعها ، وخصوصا أن للشارع ولجهات الادارة ، كما قلنا ، السلطة فى تقرير قيود جديدة كلما دعت المصلحة العامة لايجادها . والقاعدة أنه اذا تعارضت المصلحة العامة مع المصلحة الخاصة فان الشارع يفضل المصلحة العامة ، ويضحى المصلحة الخاصة من أجلها .

١٩٥ — ***أهم هذه القيود*** — أهم القيود القانونية المقررة للمصلحة العامة هى الآتية :

أولا — القيود المقررة للمنفعة العامة ، وهى تشمل :

(١) نزع الملكية للمنفعة العامة .

(٢) الاستيلاء المؤقت على العقارات للمنفعة العامة ، فى حالة حصول غرق مثلا أو قطع جسر الخ .

ثانيا — القيود المقررة لمصلحة الأمن العام أو الصحة العامة ، وتشمل القيود المختصة بما يأتى :

---

(١) وقررت المادة ٥٣٧ فرنسى أن : « للأفراد حرية التصرف فى الأموال المملوكة لهم ، بشرط اتباع الأوضاع التى يوجبها القانون » .

(١) التنظيم .
(٢) انشاء العزب والزرائب .
(٣) المحال العمومية .
(٤) المحال المقلقة للراحة والمضرة بالصحة والخطرة .
(٥) اقامة الآلات الرافعة .
(٦) تركيب الآلات البخارية .
(٧) احداث الحفر أو البرك بالقرب من المساكن .
(٨) نزح المراحيض .
(٩) جوار السكك الزراعية .
(١٠) حقوق ارتفاق السكك الحديدية .
(١١) تسوير الأراضى الفضاء ، الخ .
(١٢) بعض الزراعات الممنوعة .

ثالثا — القيود المقررة لمصلحة الزراعة ، ومنها القيود الآتية :
(١) القيود الملزم باتباعها مالكو الأراضى المجاورة للترع والمصارف ونحوها.
(٢) القيود الخاصة بوقاية القطن والمزروعات الأخرى .
(٣) ابادة الجراد .

رابعا — القيود الموضوعة لحفظ وانماء الثروة الأهلية ، وتشمل :
(١) القيود الخاصة بالمناجم ونحوها .
(٢) حماية الآثار التاريخية .

خامسا — القيود الموضوعة للمصلحة المالية ، كمنع زراعة الدخان والتنباك .

وسنتكلم بالايجاز فى أهم هذه القيود .

أولا — القيود المقررة للمنفعة العامة

١٩٦ — يطلق بعض الشراح على هذه القيود عبارة « حقوق الارتفاق الادارية » .

وقد أشارت الى هذه الحقوق المادة ١٠ من المجموعة المدنية المصرية التى جاء فيها : « يعد أيضا من الأملاك الميرية المخصصة للمنافع العمومية حقوق التطرق المتعلقة بالشوارع servitudes de voirie ومجارى المياه والأشغال العمومية والأعمال الحربية ، وعلى وجه العموم كافة ما تقتضيه حقوق الارتفاق التى تستلزمها ملكية الأملاك الميرية المذكورة أو توجبها القوانين والأوامر الصادرة لمنفعة عمومية[١] » .

ويجب عدم الخلط بين حقوق الارتفاق الادارية وحقوق الارتفاق المدنية التى سنشرح أحكامها فيما بعد ، فبين النوعين فروق كثيرة منها :

(١) ان حقوق الارتفاق المدنية تستلزم وجود عقار مرتفق وعقار مرتفق به . أما حقوق الارتفاق الادارية فلا يوجد فيها عقار مرتفق ، بل هى تكاليف مقررة لمنفعة عامة .

(٢) خلافا لحقوق الارتفاق المدنية لا تدخل حقوق الارتفاق الادارية فى التعامل ، وقدعدتها المادة العاشرة من المجموعة المدنية المصرية من الأملاك العامة .

(٣) حقوق الارتفاق المدنية لا تقتضى عمل شىء ، فهى سلبية ، كتحمل حق المرور أو المطل ، وأما حقوق الارتفاق الادارية فقد تفرض التزاما ايجابيا ، كوجوب القيام ببعض الأعمال الواقية من الفيضان لمنع طغيان المياه على الأراضى[٢] .

ويفضل بعض الشراح تسمية حقوق الارتفاق الادارية بالأوضاع القانونية modifications ، وهى التسمية الواردة فى المادتين ٥٣٧ و ٥٥٢ من المجموعة المدنية الفرنسية .

---

(١) وأشارت اليها أيضا المادة ٦٤٩ من المجموعة المدنية الفرنسية التى تقول « حقوق الارتفاق التى يرتبها القانون الغرض منها المصلحة العامة ، أو مصلحة المدن ، أو منفعة الأفراد » .

(٢) راجع المادة ٤ من الأمر العالى الصادر فى ٢٢ فبراير سنة ١٨٩٤ بشأن الترع والجسور .

وقد اختلف هل هنـاك محل لدفع تعويض نظير تقرير حقوق الارتفاق الادارية أم لا . فالرأى الراجح أن لا محل للتعويض ، اذا لم يصل التكليف الى درجة حرمان المالك من ملكه ، أى الى نزع الملكية . ورأى يقول بالتفريق بين حقوق الارتفاق الايجابية ، وهى التى تقوم فيها الادارة باجراء عمل فى ملك الانسـان ، وفيها يجب تعويض المالك ، وحقوق الارتفاق السلبية ، وهى التى تقتضى امتناع المالك عن عمل شىء ، وفيها لا يجب دفع تعويض . ولـكن هذا التفريق غير صحيح ، لأن الارتفاقات السلبية قد تـكون أشد عبئا وأكثر تـكليفا من الايجابية . فالارتفاق بعدم البناء فى مناطق الاستحكامات الحربية قد يكون أقسى من الارتفاق الذى يعطى الادارة الحق فى القاء الأتربة الناتجة من تطهير ترعة على أراضى الملاك المجاورين .

١٩٧ — نزع الملكية والاستيلاء المؤقت — أهم القيود المقررة للمنفعة العامة هى القيود الخاصة بنزع الملـكية والاستيلاء المؤقت للمنفعة العـامة . والتشريع الخاص بذلك هو القانون رقم ٢٧ الصادر فى ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٠٦ ، بشأن نزع ملـكية العقارات للمنافع العامة بالنسبة للقضاء المختلط ، والقانون رقم ٥ الصادر فى ٢٤ ابريل سـنة ١٩٠٧ بالنسبة للقضاء الأهلى . وقد عدل هذان القانونان بالمرسوم بقانون رقم ٩٣ لسنة ١٩٣١ . وصدر مرسوم بقانون رقم ٩٤ فى ١٨ يونيه سـنة ١٩٣١ بشأن نزع ملـكية المنـاطق . وانا نحيـل على باب زوال الملـكية والحقوق العينية ، اذ نأتى فيه بشرح القواعد الخاصة بنزع الملـكية والاستيلاء المؤقت للمنفعة العامة .

ثانيا — القيود المقررة لمصلحة الأمن العام أو الصحة العامة

١٩٨ — (١) التنظيم — الأحكام الخاصة بالتنظيم واردة فى الأمر العـالى الصادر فى ٢٦ أغسطس سنة ١٨٨٩ (وهو سار على الأجانب) ، وفى القرار الصادر من وزارة الأشـغال العمومية فى ٨ سبتمبر سنة ١٨٨٩ الشامل للائحة التنفيذية للتنظيم وكيفية تشـكيل مجالس التنظيم .

وقد عرفنا أنه بمقتضى المادة ٩ من المجموعة المدنية تعتبر الطرق والشوارع الخ من الأملاك العامة . وقد رأى القانون ، تسهيلا لمرور الأفراد ولنقل البضائع ، أن يأتى ببعض الأحكام التى تضمن ذلك ، فأوجد مصلحة التنظيم فى أغلب المدن والقرى ، وأوجب على الملاك كثيرا من القيود والشروط التى أهمها :

(ا) تقرير خط التنظيم Alignement .

(ب) عدم البناء من غير اذن .

(ج) اصلاح أو هدم الأبنية المختلة أو الآيلة للسقوط .

١٩٩ — (ا) **تقرير خط التنظيم** — من مصلحة الأمن العام أن تكون الشوارع واسعة ومستقيمة على قدر الامكان ، حتى يسهل النقل والمرور . وقد جعل القانون من مهمة مجالس التنظيم وضع خطوط التنظيم فى الشوارع العامة ، بتحديد اتساع الشوارع ، وتعيين الخطوط التى تقام عليها المبانى المجاورة للطرق العامة . ونصت اللائحة التنفيذية للتنظيم على بعض الشروط الواجب اتخاذها أساسا فى وضع خطوط التنظيم ، من حيث اتساع الشوارع والطرق ، وعلى أن خطوط التنظيم ووجهات الأبنية المقامة على جانبى الشارع تكون مستقيمة بقدر الامكان ومتوازية ، ويكون محور الشارع خطوطا مستقيمة طويلة على قدر الامكان ، وتمد هذه الخطوط بقدر الامكان أيضا ، الخ . وتنفيذ هذه الشروط يقتضى تقييد الملاك المجاورين للطرق العامة بقيود عديدة ، فقد نصت المادة الأولى من الأمر العالى الصادر فى ٢٦ اغسطس سنة ١٨٨٩ على أنه : « لا يجوز مطلقا لأحد أن يبنى فى المدن والقرى الموجود بها الآن مصلحة تنظيم ، أو التى ستشكل فيها المصلحة المذكورة ، بقرار من نظارة الأشغال العمومية ، منازل أو عمارات أو أسوار أو بلكونات أو سلالم خارجية مكشوفة أو مماش أو غير ذلك من الأبنية التى تقام على جانبى الطريق العمومية ، ولا يسوغ له أيضا توسيع تلك الأبنية أو تعليتها أو تقويتها أو ترميمها أو هدمها ، بأى صفة كانت أو فى أى حد

كان من الحدود [١] ، الا بعد حصوله من مصلحة التنظيم على الرخصة وخط التنظيم . أما عملية البياض بالفرشة ، سواء كانت من الداخل أو من الخارج ، فلا يؤخذ عنها رخصة » .

ونصت المادة ١١ من الأمر العالى على العقوبات التى توقع على من يخالف أحكام المادة الأولى .

ونصت المادة ١٠ من اللائحة على أن : « مجرد الاقرار على رسم خط التنظيم من ناظر الأشغال العمومية وصدور أمر عال باعتماده يسوغان للحكومة أن تنزع شيئا فشيئا وبالطرق القانونية الأراضى المبين بالرسم لزومها لانشاء الشوارع المعمول عنها الرسم المذكور ، ومن تاريخ صدور الأمر العالى المشار اليه لايجوز اقامة أى بناء على الأراضى اللازم نزع ملكيتها » .

فما تقدم يرى أن المادة الأولى من الأمر العالى لم تحظر على أصحاب المبانى القائمة على جانبى الطريق العامة أعمال التقوية فحسب ان لم يكونوا حاصلين على رخصة ، بل حظرت عليهم كذلك جميع الترميمات بأنواعها . ولم تستثن منها الا البياض بالفرشة . فيعد مخالفة للمادة الأولى بياض واجهة منزل بالجير والرمل ، متى كانت الواجهة واقعة على طريق عامة ، ويجب ازالة البياض اذا كان البناء خارجا عن خط التنظيم .

٢٠٠ — **(ب) عدم البناء من غير اذن** — قلنا انه بمقتضى المادة الأولى من الأمر الصادر فى سنة ١٨٨٩ لا يجوز لأحد ، فى المدن والقرى التى بها مصلحة تنظيم ، أن يبنى أو يصلح مبانى من غير أن يحصل من مصلحة التنظيم على الرخصة وخط التنظيم .

وعلى طالب البناء أن يقوم بتنفيذ شروط الرخصة ، كطلب تعيين من يلزم

---

(١) راجع تلا الجزئية ٢٨ مايو ١٩٢٥ المجموعة ٢٦ رقم ٨٣ ص ١٤٢ : لا يكون مخالفا للوائح التنظيم من أقام حاجزا من الخشب أو القماش خارجا عن خط التنظيم بصفة ساتر للسكان فى منزله ، وذلك لأن مثل هذا الساتر ليس من أعمال التقوية التى حظرتها تلك اللوائح .

للكشف على البناء ، متى بلغ ارتفاعه مترا واحدا فوق الأرض الخ (المادة ٩ من اللائحة) .

وفضلا عن خط التنظيم والحصول على الرخصة يجب على من يشرع فى اقامة بناء أن يراعى الأحكام الادارية المختصة بالوزنات nivaux des seuils ، وارتفاع بناء المنازل ، ومقدار بروز الخارجات الخ (المادتان ٩ و١١ من اللائحة) .

٢٠١ — والقيود التى تنص عليها المادة الأولى من الأمر العالى واجبة اذا كان البناء المراد اقامته على جانبى الطريق العامة ، كما هو ظاهر من نص المادة المذكورة .

أما اذا كان البناء المراد انشاؤه ليس على جانبى الطريق ، فقد جرى البحث هل يجب مراعاة القيود المتقدمة أم لا ؟ وهل مجرد صدور أمر عال بادخال ملك خاص ضمن دائرة خطوط التنظيم يسلب الملاك حقوقهم ويحرمهم من الانتفاع بملكهم ، سواء أكان ذلك بطريق البناء أم بغيره ، أم هل يجب صدور مرسوم بنزع الملكية ، وقبل ذلك لا تسرى على الملاك قيود التنظيم ؟

وقد تشعبت أحكام المحاكم فى ذلك الى عدة آراء فصلناها فى كتابنا « الملكية والحقوق العينية »[1] .

والرأى الذى نؤيده هو الذى يفرق بين حالتين :

(١) حالة العقارات الخارجة عن خط التنظيم والقائمة على جانب طريق عامة موجودة فعلا .

(٢) حالة العقارات المقرر ادخالها فى طريق مزمع انشاؤها .

وما هو منصوص عليه بالأمر العالى يختص بالمنازل والأراضى الواقعة على جانبى الطريق العامة الجارى استعمالها . أما ما نص عليه فى اللائحة فخاص بالعمارات والأراضى التى قررت الحكومة نزع ملكيتها بناء على مشروع طريق عامة جديدة تنوى الحكومة عملها واستعمالها فى المستقبل .

---

(١) نبذة ٢٤٠ وما بعدها .

ففى الحالة الأولى فرض الأمر العالى فى المادة الأولى منه الحصول على رخصة قبل اجراء أى عمل من الأعمال التى أبانتها المادة المذكورة .

أما فى الحالة الثانيـة فقد قضت المـادة العاشرة من اللائحـة منع اقامة بناء جديد على الاطلاق من تاريخ اعتماد رسم خط التنظيم ، ولـكنها لم تحظر ترميم المبانى القـائمة من قبل حتى تنزع ملـكيتها ، كما أنها لم تشترط وجوب الحصول على رخصة لاجراء تلك الترميات .

وفى الحالتين معا لم يحرم القانون المالك من التمتع بملـكه بحالته التى هو عليها وقت الاعتماد حتى يحصل على ثمن ملـكه بالطرق المعروفة .

والغرض الذى يرمى اليه الشارع من ايجاد التمييز بين الحالتين سببه ظاهر ، لأنه فى حالة ما تـكون الطريق العامة مستعملة حالا فالحـكمة من القواعد المشار اليها فى المادة الأولى من الأمر العالى تـكون فى محلها ، و يرجع الأصل الى استعمال الطريق والانتفاع بها ، وفى ذلك تعويض لأصحابها نظير ما هو مقرر عليهم من الواجبات . وفيما يختص بالعقارات أو الأراضى التى تقرر نزع ملـكيتها لفتح شارع فى المستقبل فان منع البناء الحـكمة فيه ظاهرة أيضا ، وهى أن البناء فى هذه الحالة يعتبر أنه أقيم بقصد المتاجرة ، وهذا الأمر يضر الحـكومة التى يهمها أن تأخذ تلك العقارات بالحالة التى كانت عليها وقت صدور الأمر العالى و بالثمن الذى كانت تساويه قبل البناء الحديث . وليس الأمر كذلك فيما يختص بالترميات والاصلاحات اللازمة لتقوية العقارات المقرر نزع ملكيتها لفتح طريق فى المستقبل ، لأنه من الضرورى أن أصحاب تلك العقارات ينتفعون بأملاكهم ، و بالتالى يكون لهم الحق فى اجراء جميع الأعمال اللازمة للمحافظة على أملاكهم حتى يتيسر لهم التمتع بها الى أن تنتهى الحـكومة من فتح الشوارع المقررة واستعمالها . واذا تقرر عكس ذلك كانت النتيجة منع أرباب الأملاك من التمتع بأملاكهم مدة لا يمكن تقديرها ، لأن الزمن الذى تنهى فيه الحـكومة فتح هذه الشوارع غير معلوم ، وهذا أمر مخالف لغرض الشارع .

غير أنه يجب أن يلاحظ أن المادة العاشرة من اللائحـة لم تنص على جزاء يوقع فى حالة مخالفة الحكم الوارد فيها ، فلا يعاقب من يقدم على البناء فى الأرض المقرر ادخالها فى الطريق المزمع انشاؤها بالغرامة أو يحكم بالهدم أو الازالة . وليس للمخالفة فى هـذه الحالة الا نتائج مدنية عنـد دفع قيمة الأراضى بالتطبيق لقانون نزع الملكية للمنافع العامة ، بمعنى أن الحكومة لا تدفع عند نزع ملكية الأراضى المذكورة الا قيمتها وقت صدور المرسوم القاضى باعتماد خط التنظيم ، ولا تدفع قيمة المبانى التى يقيمها المالك بعد صدور المرسوم (١) .

٢٠٢ — **أحوال استثنائية** — توجد أحوال يقضى العدل فيها بعدم فرض قيد التنظيم ، كالحالة التى يقرر فيها خط تنظيم جـديد للطريق العامة وينتج منه أن يصبح كل البناء أو معظمه خارج خط التنظيم ، فان على الادارة فى هـذه الحالة اما أن تأذن للمالك باجراء الأعمال التى يريدها ، واما أن تشرع فى الحال فى نزع ملكيته ، حتى لا يتعطل الانتفاع بملـكه ، اذ الظاهر من المـادة الأولى من الأمر العالى أنها لا تنطبق على هذه الحالة . وقد أخذ بوجهة النظر هذه مجلس الدولة بفرنسا ، ولجنة قضايا الحكومة المصرية .

٢٠٣ — (ج) **اصلاح وهدم المبانى الآيلة للسقوط** — حرصا على الأمن العام ، ولـكيلا تـكون حياة الناس وأملاكهم عرضة للأخطار من سقوط المبانى المختلة أو الآيلة للسقوط ، قد أوجب القانون على مالكيها القيام بترميمها أو هدمها . ونص الأمر العالى الصادر فى سنة ١٨٨٩ على تكليف مجالس التنظيم بتقرير ما يلزم اجراؤه نحو المبانى المذكورة ، والزام الملاك بترميم أو هدم ما يتراءى لمصلحة التنظيم لزوم ترميمه أو هدمه فى الميعاد الذى تحـدده المصلحة المذكورة . وقرارات الهدم التى يصدرها مجلس التنظيم يبلغها مهندس التنظيم الى المحافظ أو المدير لينفذها ، ويحـدد لذلك ثمانيـة أيام على الأقل اذا كان صاحب المنزل

---

(١) وقد أخذت بالرأى المتقدم النيابة العامة ، فى الكتاب الدورى رقم ٨١ لسنة ١٩٣٣ ، معدلة به رأيا سابقا لها .

سا كنا فيه ، وخمسة عشر يوما اذا كان المكان مؤجرا . فاذا مضى الأجل المحدد ، ولم يبدأ فى اجراء الهدم ، يتعين على المحافظة أو المديرية اخبار مصلحة التنظيم ، لتحرير محضر مخالفة ، وتقديم المخالف للقاضى ، للحكم بالغرامة المقررة قانونا [١]، وليأمر بعد التحقيق اذا كان هناك داع له باجراء الهدم على مصاريف مرتكب المخالفة .

٢٠٤ — (٢) انشاء العزب والزرائب — بمقتضى قرار مجلس الوزراء الصادر بتاريخ ٢٢ يوليه سنة ١٨٨٩ غير مصرح بأى وجه من الوجوه لأى شخص كان أن ينشىء مساكن فى الأراضى الزراعية التى خارج دائرة حدود بلدته .

وبمقتضى المادة الثانية من القانون رقم ٦٩ لسنة ١٩٣٣ الصادر بتاريخ ٣ يوليه سنة ١٩٣٣ لا تنشأ عزبة الا بعد الترخيص بذلك من المديرية بعد موافقة مجلس المديرية . ويكون الترخيص لازما أيضا لكل بناء يضاف الى عزبة موجودة فعلا على مسافة تزيد على خمسين مترا من حدود تلك العزبة .

وعرفت المادة الأولى العزبة بقولها : فى تطبيق هذا القانون تعتبر عزبة ، مهما اختلفت تسميتها عن ذلك عرفا ، مجموعة الأبنية التى تقام فى أرض زراعية بقصد خدمة تلك الأرض واستغلالها ، وتكون معدة لسكنى الزارعين وصاحب العزبة عند الاقتضاء ، ولحفظ الحاصلات الزراعية ، وايواء المواشى وما يتبع ذلك .

وقد جاء القانون رقم ٦٩ لسنة ١٩٣٣ بكثير من القيود لصالح الأمن العام والصحة العامة ، وقد ذكرناها فى كتابنا « الملكية والحقوق العينية » [٢] .

٢٠٥ — (٣) المحال العمومية — بمقتضى القانون رقم ١ لسنة ١٩٠٤ لا يجوز فتح محل من المحال العمومية فى الأخطاط التى يعينها المحافظ أو المدير من الأخطاط المخصصة لسكن العائلات وغير المسموح بمعاطاة التجارة فيها ، ولا بالقرب

---

(١) راجع المادة ٣٣٠ عقوبات .

(٢) نبذة ٢٤٦ .

من الأماكن المعدة لاقامة الشعائر الدينية أو لتعليم الأحداث ولا بالقرب من الجبانات والأضرحة التى هى موضع الاحترام عند الجمهور .

وينبغى وضع لوحة فوق الباب الأصلى لكل محل عمومى مكتوب فيها بيان نوعه ، وكذلك ينبغى أن يعلق فوق كل باب من أبوابه مصباح يستمر مضيئا من غروب الشمس الى اقفال المحل [١] .

٢٠٦ — (٤) **المحال المقلقة للراحة والمضرة بالصحة والخطرة** Etablissements incommodes, insalubles et dangereux — أورد القانون رقم ١٣ الصادر فى ٢٨ أغسطس سنة ١٩٠٤ بشأن هذه المحال ، والقرار الصادر فى ٢٩ أغسطس سنة ١٩٠٤ بتنفيذ القانون المذكور ، جملة قيود للملكية .

ويقسم هذا القانون المحال المذكورة الى ثلاثة أقسام ، بحسب أهمية كل منها ، وفقا للجدول الملحق باللائحة ، والذى يجوز تعديله بقرارات من وزارة الداخلية .

ولأجل انشاء أو تشغيل محل من المحال المذكورة من أى قسم منها يجب الحصول على رخصة تعطى عنه مقدما . وتكون الرخصة واجبة أيضا لجميع المحال اذا نقلت من مكانها الى مكان آخر ، أو أحدث فيها تغيير من شأنه تعديل كيفية التشغيل تعديلا كليا يتعلق بالراحة وبالصحة وبالأمن العام .

وفضلا عن الرخصة [٢] فانه يجب على مالك هذه المحال أن يتبع أوامر جهة

---

(١) ويعتبر ، بموجب القانون رقم ١ لسنة ١٩٠٤ المتقدم ذكره ، من المحال العمومية المقاهى والمطاعم والخمارات والحانات ومحال بيع المشروبات الروحية (البارات) ومحال بيع الجعة (البيرة) والمراسح (التياترات) وملاعب الخيول المعروفة باسم « سرك » ونوادى الاجتماعات المعروفة باسم « سركل وكلوب » ، وما شابه ذلك من المحال المفتوحة للجمهور (المادة الأولى) .

(٢) راجع المادة ٦ من اللائحة : لا دخل للحكومة مطلقا فيما يكون للغير من العلاقات مع المرخص له بانشاء وتشغيل محل مقلق للراحة ومضر بالصحة وخطر ، بل يكون المرخص له هو المسئول عن كل عمل يحدث ضررا أو غير ذلك بسبب انشاء المحل أو بأى سبب آخر .

الادارة ، اذ للجهة المذكورة الحق فى أى وقت كان أن تقرر فى رخص المحال المذكورة من أى قسم ما تراه ضروريا من الأحكام والاجراءات المخصوصة فيما يتعلق بأوضاعها الداخلية ، والآلات المستعملة فيها ، وكيفية التشغيل ، أو الساعات التى يمكن العمل فيها ، حرصا على الذين يترددون اليها أو يشتغلون فيها أو يقيمون بجوارها .

ويجوز تفتيش المحال المذكورة بمعرفة مندوبى الادارة المكلفين بتحقيق ما اذا كانت أحكام اللوائح والاحتياطات المأمور بها لأجل الراحة والصحة والأمن العام معمولا بها .

٢٠٧ — (٥) اقامة الآلات الرافعة — Machines élévatoires — بمقتضى الأمر العالى الصادر فى ٨ مارس سنة ١٨٨١[1] لا يجوز تركيب آلات ترفع المياه لرى الأراضى أو لتجفيفها ، ثابتة كانت أو متحركة ، يديرها البخار أو تيار الماء أو الريح ، الا بعد الحصول على رخصة بذلك من وزارة الأشغال العمومية أو المصالح التابعة لها[2] .

ولا يجوز نقل الآلة الرافعة المرخص بتركيبها الى موضع آخر الا بمقتضى رخصة ثانية .

ولا يرخص بتركيب الآلات الرافعة الثابتة الا على شواطىء النيل ، وبطريق الاستثناء على بعض الترع باذن من وزارة الأشغال ، التى لها الحرية المطلقة فى تقرير ما يلزم درجه من التكليفات والشروط فى الرخصة بحسب مقتضيات الأحوال .

---

(١) راجع كذلك قرار وزارة الأشغال رقم ٤٦ بتاريخ ٨ يوليه سنة ١٩٣٣ .

(٢) وهذا الترخيص لا يقضى لصاحب الامتياز بأن يكون له حق فى امتلاك شىء من الأراضى الميرية التى تمر منها المواسير أو المجارى أو البرابخ المعدة لأخذ المياه ، سواء كانت تلك الأراضى مما يجوز التصرف فيه أو لا يجوز ، كما أن الحكومة لا دخل لها فيما بين صاحب الامتياز والغير من العلاقات . فصاحب الامتياز هو المسئول عن جميع ما يحصل لغيره من الأضرار أو خلاف ذلك بسبب تركيب آلة رافعة أو بأسباب أخرى (المادة الأولى من الأمر العالى) .

ويراعى عدم مضايقة المرور على الجسور والترع ، مع مراعاة جميع حقوق الارتفاق ، واجتناب ما يخل بصيانة تلك الجسور والترع ، وحفظ البلاد من الغرق . وللحكومة أن تأمر بنقل أية آلة رافعة مركبة بمقتضى رخصة متى اقتضت ذلك المنفعة العامة ، مثل أخطار يخشى منها على الجسور الخ ، الى غير ذلك من القيود .

٢٠٨ — (٦) تركيب الآلات البخارية Machines à vapeur — تشترط المادة الأولى من الأمر العالى الصادر فى ٥ نوفمبر سنة ١٩٠٠ الحصول على رخصة لتركيب آلة بخارية أو مرجل (قزان) . والرخصة واجبة أيضا اذا أريد احداث تغيير كلى فى الآلة البخارية أو المرجل (القزان) المرخص به أو ترميمه ترميما مهما من شأنه تعديل كيفية تشغيله حرصا على الراحة والأمن العام والصحة ، أو عند نقل الآلة لاسم شخص آخر . ولا يجوز نقل آلة مرخص باقامتها فى محل معين الا برخصة أخرى[1] .

وتفرق المادة ٣ من القرار الصادر من وزارة الأشغال فى ٦ نوفمبر سنة ١٩٠٠ بتنفيذ الأمر العالى المذكور بين الآلات التى تزيد قوة مراجلها (قزاناتها) على ستة خيول ، والتى قوتها ستة خيول فأقل ، وتشترط شروطا بالنسبة للنوعين ، من حيث المسافة من المساكن والجسور والطرق العامة وارتفاع المدخنة الى غير ذلك من القيود .

٢٠٩ — (٧) البرك والمستنقعات — بمقتضى الأمر العالى الصادر فى ٢٦ أبريل سنة ١٩٠٠ ، ممنوع احداث حفر داخل المدن والقرى والعزب ولا فى الجهة الشمالية منها على مسافة أقل من ثلاثة آلاف متر من السكن ، سواء أكانت هذه الحفر لضرب الطوب أم لأى غرض آخر ينشأ عنه تكون بركة أو مستنقع.

---

(١) وتعطى الرخصة للمرخص له تحت مسئوليته خاصة بدون أن يعود على الحكومة أدنى مسئولية أزاء صاحب الشأن أو الجيران أو أى شخص آخر بسبب ما تستخدم هذه الرخصة من أجله (المادة ١٠ من اللائحة) .

وممنوع أيضا احداث هـذه الحفر بالجهات القبلية والشرقية والغربية فى الأراضى الواقعة على مسافة أقل من ألف متر من السكن . ويسرى هـذا المنع أيضا على الحفر أو نقل الأتربة الذى يتسبب عنه توسيع البرك والمستنقعات الموجودة من قبل أو تعميقها .

وبمقتضى القانون رقم ٥ لسنة ١٩١٤ [1] (القانون رقم ١٨ لسنة ١٩١٦ مختلط) كل مالك لمستنقع (أى بركة) تركد فيه المياه مدة مستطيلة بحيث ينشأ عنه خطر على الصحة العامة يجب عليه أن يردمه أو يجففه وفقا لهذا القانون .

٢١٠ — (٨) نزح المراحيض — بموجب قرار وزارة الداخلية الصادر فى ٨ نوفمبر سنة ١٨٨٦ ، المعدل بالقرار الصادر فى ٢ يونيه سنة ١٩١٠ ، أصحاب المبانى التى توجد بها خزانات مراحيض يلزمون بنزحها بدون تأخير عند امتلائها ، ولمصلحة الصحة العامة الحق فى اجراء عملية النزح على نفقة صاحب الخزان وتحت مسئوليته ، بعد أن ترسل اليه اعلانا تكلفه فيه بنزح الخزان فى مدة ثلاثة أيام ، أو ٢٤ ساعة عند الضرورة . ولا يصح النزح الا بالشروط المبينة بهذا القرار ، كوجوب حصوله ليلا لا نهارا ، وعدم رمى قاذورات فى الطريق العامة أو المجارى الخ .

٢١١ — (٩) جوار السكك الزراعية — المراد بالسكة الزراعية Route agricole هو كل سكة أعدت لمنفعة أكثر من بلدين . وتعتبر جميع السكك الزراعية عامة ومن أملاك الدولة ، سواء أكان انشاؤها على مصاريف الحكومة خاصة أم بنقود فرضت على الاقليم الذى ينتفع بها أو على النواحى (المادتان ١ و٤ من الأمر العالى الصادر فى ٣ نوفمبر ١٨٩٠) .

ويجب على الملاك المجاورين للسكك الزراعية مراعاة بعض القيود ، كالقيد الوارد فى المادة ١٠ من الأمر العالى المذكور الذى يقضى بعدم اقامة منازل أو عشش من بناء أو خشب داخل حدود السكك الزراعية ، ولا اقامة أسواق

---

(١) وهو مكون من ١٧ مادة .

أو غيرها من الآلات الرافعة ولا مداود (طوالات) المواشى[١] .

٢١٢ — (١٠) **حقوق ارتفاق السكك الحديدية** — قد سبق الكلام فى هذه الحقوق فى موضع آخر[٢] .

٢١٣ — (١١) **تسوير الأراضى الفضاء** — نص قرار وزارة الداخلية الصادر فى ١٥ يونيه سنة ١٨٩٣ (وهو سار على الأجانب) على وجوب تسوير جميع الأراضى الفضاء الواقعة داخل المدن التى ينطبق عليها هذا القرار بحاجز من خشب أو حائط بحيث يمنع دخول الجمهور فيها (المادة ١) . وسبب هـذا القيد مراعاة الصحة العامة ، كما يفهم من مقدمة هذا القرار ، اذ جاء فيها أنه يوجد فى بعض المدن أراض فضاء جار القاء الأوساخ والقاذورات فيها ، وتنبعث منها روائح كريهة مضرة بالصحة ، وأنه من الضرورى حفظا للصحة العامة ملافاة هذا الضرر .

وقد صدرت من المديريات والمحافظات جملة قرارات بتطبيق قرار الداخلية المتقدم ذكره على أغلب مدن القطر المصرى .

٢١٤ — (١٢) **بعض الزراعات الممنوعة** — زراعـة الخشخاش (أبو النوم) ممنوعة منعا باتا فى جميع الأراضى المصرية ، بمقتضى المرسوم بقانون الصادر فى ٢١ مايو سنة ١٩٢٦ . ولم تكن قبل ذلك ممنوعة . وقد منعت لما تحقق أن الأفيون الخام الناتج من الزراعة المحلية — بدل أن يصـدر الى الخارج أو يستعمل فى المستحضرات الأقرباذينية ، وفقا لأحكام المرسوم بقانون الصادر فى ٢١ مارس سنة ١٩٢٥ الخاص بوضع نظام للاتجار بالمخدرات واستعمالها — يباع سرا داخل القطر المصرى كيما يتعاطاه الناس للتخدير ، وذلك يؤدى الى ضرر بليغ بالصحة العامة . ويعاقب المخالف بالحبس مدة لا تتجاوز أسبوعا و بغرامة لا تزيد على جنيه أو باحدى هاتين العقوبتين . وفضلا عن المحاكمة الجنائية تنزع النباتات

---

(١) راجع أيضا الأمر العالى الصادر فى ٢٢ فبراير ١٨٩٤ بشأن الترع والجسور .

(٢) راجع نبذة ٩٢ .

وتعدم بمعرفة السلطة المحلية أو عمال وزارة الزراعة الذين يندبون لهذا الغرض .

وزراعة الحشيش ممنوعة ، فى جميع أنحاء القطر المصرى لأسباب صحية كذلك ، بمقتضى الأمر العالى الصادر فى ١٠ مارس سنة ١٨٨٤ ، المعدل بالأمر العالى الصادر فى ٢٨ مايو سنة ١٨٩١ . ويعاقب من يزرعه بغرامة قدرها ٥٠ جنيها عن كل فدان أو جزء من فدان . وفى حالة تكرار الفعل يكون مقدار الغرامة مائة جنيه مصرى . هذا فضلا عن اعدام المزروعات .

ثالثا — القيود المقررة لمصلحة الزراعة

٢١٥ — (١) القيود الملزم باتباعها مالكو الأراضى المجاورة للترع والمصارف ونحوها — نرجىء بيان هذه القيود حتى يأتى الكلام فى حقوق الارتفاق الخاصة بمجارى المياه على العموم .

٢١٦ — (٢) وقاية القطن والمزروعات — صدرت جملة قوانين خاصة بوقاية القطن والمزروعات [١] ، من ذلك :

القانون رقم ٦ الصادر فى ٩ ابريل سنة ١٩١٣ الخاص بمنع انتشار دودة القطن من زراعة البرسيم ، والذى يقضى بمنع رى البرسيم المسقاوى بعد اليوم العاشر من شهر مايو فى كل سنة ، ومتى تحقق وجود دودة القطن فى أرض مزروعة برسيما وتكون كثيرة العدد حتى ينشأ عنها خطر عام فللمدير أو المحافظ اصدار الأمر بتقليع البرسيم أو حرث الأرض بالمحراث الخ .

القانون رقم ١٦ الصادر فى ٢٧ يونيه سنة ١٩١٦ المتمم بالقانون رقم ١١ لسنة ١٩٢٢ الخاص بالأمراض الضارة بأشجار الفاكهة .

القانون رقم ١١ الصادر فى ٦ يونيه سنة ١٩١٨ بالتدابير التى تتخذ لمقاومة دودة القطن ، وبمقتضاه متى ظهرت فى أية أرض دودة القطن أو ظهر بيضها

---

(١) راجع مجموعة القوانين والأوامر العالية والقرارات الخاصة بالمسائل الزراعية ، المطبعة الأميرية سنة ١٩٣٣ .

أو غير ذلك من الحشرات أو الأمراض التى يعتبرها وزير الزراعة بمقتضى قرار يصدره ضارة بشجيرات القطن وجب تبليغ عمدة البلد أو شيخه بلا تأخير لاخطار عامل وزارة الزراعة . ويجب فى الحال نزع واحراق أوراق شجر القطن التى يظهر عليها ذلك البيض . وفى حالة الفقس يجب أيضا نزع واحراق الأوراق المصابة بالدود الصغير . أما فى دور نمو الدود بعد ذلك فان الدود هو الذى يجب جمعه واحراقه .

القانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٢١ بالاحتياطات التى تتخذ لابادة دود لوز القطن ودود بذرة القطن ، وبمقتضاه تقلع جذور شجيرات القطن والتيل والبامية أو تقطع الى ما تحت سطح الأرض بحيث لا تخلف نبتا ، وذلك فى كل عام بعد جنى المحصول الخ .

قرار وزارة الزراعة الصادر فى ٣١ أغسطس سنة ١٩٢١ ، والقرارات العديدة المتممة له بشأن ابادة الدود الكامن فى بذرة القطن بالمحالج ، وبمقتضاه يجب أن تقام فى جميع معامل حلج القطن أجهزة خاصة تقررها وزارة الزراعة بقصد ابادة الدود الكامن فى البذرة .

القانون رقم ٤ لسنة ١٩٢٦ الخاص بمنع خلط أصناف القطن .

القانون رقم ٥ لسنة ١٩٢٦ الخاص بمراقبة بذرة القطن ، وقرار وزير الزراعة الصادر فى ٢٧ سبتمبر سنة ١٩٢٦ بتنفيذ أحكام هذا القانون والقرارات اللاحقة له .

القانون رقم ٢٢ لسنة ١٩٣٢ بتربية وبيع نباتات الفاكهة ، وقرار وزير الزراعة الصادر فى ٢٨ يونيه سنة ١٩٣٢ بتنفيذ أحكام هذا القانون .

٢١٧ — (٣) **ابادة الجراد** — بمقتضى الأمر العالى الصادر فى ٢٦ أبريل سنة ١٩٠٤ كل أرض يبيض الجراد فيها مقدارا يترتب عليه خطر عام يجوز للمديرين والمحافظين ومأمورى المراكز أن يأمروا بحرثها بالمحاريث بطريقة تؤدى الى تعريض البويضات للهواء ، وأما الأراضى المزروعة خضارا ومقاثىء أو

قطنا أو قصبا فتحرث بالفأس فقط بقدر ما يمكن استيفاء حرثها بدون قلع النبات .

رابعا — القيود الموضوعة لحفظ وانماء الثروة الأهلية

٢١٨ — (١) القيود الخاصة بالمناجم ونحوها — أتت لائحة المعادن العثمانية المؤرخة ٤ المحرم ١٢٨٦ — ١٦ ابريل ١٨٦٩ ، والجارى العمل بها أيضا فى مصر ، ببعض الشروط والقيود التى يجب على المالك اتباعها [١] .

٢١٩ — (٢) حماية الآثار التاريخية — عرفت المادتان ٢ و ٣ من القانون رقم ١٤ الصادر فى ١٢ يونيه ١٩١٢ الآثار ، وبينت أنواعها . وكذلك عرفت المادة الأولى من القانون رقم ٨ الصادر فى ١٣ ابريل ١٩١٨ الأثر الذى يعتبر من آثار العصر العربى . وقسمت الآثار فى هذين القانونين الى آثار عقارية وآثار منقولة . واعتبرت المادة ٥ من القانون رقم ١٤ لسنة ١٩١٢ ضمن الآثار العقارية الآثار المنقولة المثبتة فى الأرض التى يصعب نقلها .

أما من حيث الآثار العقارية antiquités immobilières فقد جاء فى المادة ٨ من القانون رقم ١٤ السالف ذكره أنه يسوغ للحكومة أن تنقل متى شاءت أى أثر عقارى يكون فى ملك أحد الأفراد ، أو أن تبقيه فى محله وتنزع ملكية الأرض التى هو على سطحها أو فى باطنها وفقا لقوانين نزع الملكية المعمول بها الآن للمنفعة العامة . وعند تقدير التعويض الذى على الحكومة دفعه لنزع الملكية لا يلتفت الى أن فى الأرض آثارا أو الى مقدار ما تساويه تلك الآثار ، سواء أكانت على سطح الأرض أم فى باطنها ، ومع ذلك فان التعويض الذى يقدر بهذه الصورة يزاد عليه مقدار ١٠ فى المائة منه .

واذا أرادت الحكومة نقل الأثر فانها لا تكون ملزمة بأن تدفع الى مالك الأرض الا تعويضا معادلا لعشرة فى المائة من القيمة الحقيقية للجزء الذى يشغله الأثر منها.

---

(١) نص هذه اللائحة وارد فى قاموس الادارة والقضاء لفيليب جلاد جزء ٣ ص ٣٦٥ .

كذلك جاء فى المادة ٩ أن كل مكتشف أثرا عقاريا وكل مالك أو مستأجر أو كل مسئول عن أرض يظهر فيها أثر عقارى يلزمه أن يبلغ فى الحال عن ذلك الخ .

وجاء فى المادة ٤ من القانون رقم ٨ لسنة ١٩١٨ الخاص بحماية آثار العصر العربى أنه يجوز للحكومة أن تنزع ملكية الأعيان الثابتة غير المملوكة للحكومة، المسجلة أو التى تسجل فى المستقبل فى عداد آثار العصر العربى ، وأنه لا يجوز هدمها ولا نقلها كلها أو بعضها ولا تجديدها ولا ترميمها ولا تعديلها بأية طريقة كانت الا برخصة من وزارة الأوقاف (المعارف) بعد أخذ رأى لجنة حفظ الآثار العربية الخ .

ومن حيث الآثار المنقولة antiquités mobilières فان من يعثر على أثر منقول على أرض ما أو فى باطنها يلزمه (اذا لم يكن بيده رخصة صادرة بحسب الأصول بالحفر) أن يبلغ ذلك الى السلطة الادارية التى تكون أقرب اليه ، ويسلم الأثر المكتشف اليها أو الى رجال مصلحة الآثار ، وذلك فى مدة ستة أيام (المادة ١٠ من القانون رقم ١٤ لسنة ١٩١٢) . ومن يكون بيده رخصة ويكتشف أثرا منقولا يعطى نصف الأشياء المكتشفة أو نصف قيمتها (المادة ١١ من القانون رقم ١٤) .

٢٢٠ — *البحث عن الآثار* — لا يجوز لأى انسان عمل مجسات أو حفائر أو كسح أتربة للبحث عن آثار (ولو كانت الأرض ملكه) ، ما لم يكن فى يده رخصة بذلك صادرة اليه من وزارة الأشغال بناء على طلب المدير العام لمصلحة الآثار تبين فيها الجهة التى يمكن الحفر فيها والمدة التى تكون هذه الرخصة معمولا بها . ويعطى المرخص له جزءا من الآثار المكتشفة أو قيمة ذلك الجزء (المادة ١٢ من القانون رقم ١٤ لسنة ١٩١٢) (١) .

---

(١) راجع أيضا قرار وزارة الأشغال العمومية بتاريخ ٨ ديسمبر سنة ١٩١٢ رقم ٥٢ فيما يختص بأعمال الحفر للبحث عن الآثار التاريخيـة (مذكور فى مجموعتنا « القوانين والقرارات والأوامر السياسية والادارية » ص ٢٧ ، ومجموعتنا المدنية) .

خامسا — القيود الموضوعة للمصلحة المالية

٢٢١ — منع زراعة الدخان والتنباك — زراعة الدخان والتنباك ممنوعة فى جميع أنحاء القطر المصرى بمقتضى الأمر العالى الصادر فى ٢٥ يونيه سنة ١٨٩٠ المعدل بالأمر العالى الصادر فى ١٠ مايو سنة ١٨٩٢ ، ومن يزرع دخانا أو تنباكا يجازى بدفع غرامة قدرها مائتا جنيه عن كل فدان أو جزء من فدان ، فضلا عن مصادرة واتلاف الزراعة أو المحصول [1] .

(ب) القيود القانونية المقررة للمصلحة الخاصة

Restrictions d'intérêt privé

٢٢٢ — أغلب هذه القيود منصوص عليها صراحة فى المجموعة المدنية . وهناك طائفة أخرى من القيود لم ينص عليها القانون صراحة ، ولكن المحاكم قررتها بناء على القواعد العامة ، اذ قضت بأنه لا يسوغ للمالك أن يستعمل حقه استعمالا يضر بحق الجار . وسنتكلم فى النوعين فيما يلى :

(١) القيود المنصوص عليها فى القانون

٢٢٣ — تشمل القيود المنصوص عليها صراحة فى القانون ما يأتى :

(١) حقوق الارتفاق الخاصة باستعمال مياه الترع والمصارف .

(٢) وضع الحدود .

(٣) التسوير الجبرى والاشتراك مع الجار فى الحائط الفاصل .

(٤) المطلات والمناور .

(٥) المسافات الواجب اتباعها بالنسبة للمبانى والأشجار .

---

(١) وشيخ البلد مسئول مع الزارع بوجه التضامن عن جميع الغرامات ، اذا لم يخبر عن الدخان أو التنباك المزروع خفيــة فى دائرته . ويحكم المديرون أو المحــافظون بالغرامات . وقراراتهم غير قابلة للطعن أمام أية محكمة كانت . ويكون تحصيل الغرامات بالطرق الادارية وبالـكيفية المنصوص عليها فى الأمر العالى الرقيم ٢٥ مارس ١٨٨٠ .

(٦) حق المرور .
(٧) حق الشفعة .
(٨) عدم جواز حجز الأملاك الزراعية الصغيرة .

وسنتكلم فى القيود الستة الأولى عند الكلام فى حقوق الارتفاق . ونتكلم فى حق الشفعة عند الكلام فى اكتساب الملكية والحقوق العينية . أما عدم جواز حجز الأملاك الزراعية الصغيرة فقد صدر به القانون رقم ٤ لسنة ١٩١٣ المعدل بالقانون رقم ١٠ لسنة ١٩١٦ ، ومحل الكلام فيه فى قانون المرافعات .

(٢) القيود التى قررتها المحاكم للمصلحة الخاصة [1]

٢٢٤ — سوء استعمال حق الملكية — توجد أعمال كثيرة قد يباشرها المالك بناء على حق ملكيته ، ولكن ينتج عنها ضرر للجار ، كما اذا أوجد فى أرضه آلة يتصاعد منها دخان كثيف بدرجة تضر بالزراعات المجاورة ، وتجعل اقامة الناس فى تلك الجهة شاقة .

ولم تنص القوانين على قيود بالنسبة لهذه الأعمال ، فهل يباح للمالك أن يستعمل ملكه فى مثل ذلك من غير قيد ولا شرط ؟

قد سبق القول بأن المحاكم قضت بأنه وان كان المالك حرا فى استعمال ملكه كما يشاء فانه لا يسوغ له أن يستعمله استعمالا يضر بالجار .

والشراح متفقون أيضا على تقرير هذا المبدأ .

ولكن ما هى حدود هذا المبدأ ؟ وعلى أى القواعد استندت المحاكم وكذا الشراح ؟ سنشرح أولا أحكام المحاكم وآراء الشراح فى القانون الفرنسى ، ثم نتبع ذلك بالتكلم فى الموضوع فى القانون المصرى .

فى القانون الفرنسى

٢٢٥ — تطبيق المادة ١٣٨٢ — ترى المحاكم تطبيق المادة ١٣٨٢ مدنى

---

(١) راجع كتابنا « نطاق حق الملكية » ص ٢٨٩ — ٣٣٨ .

فرنسى ، المقابلة للمادة ١٥١ فقرة ٢١٢/١ مدنى مصرى التى بمقتضاها كل فعل نشأ عنه ضرر للغير يوجب الزام فاعله بتعويض الضرر .

ولتطبيق هذه المادة يجب أن ينشأ عن الفعل ضرر dommage ، سواء أكان ماديا أم أدبيا ، وأن يكون هناك خطأ أو تقصير faute منسوب للفاعل الذى يرتكب الفعل ، اما بقصد الاضرار ، ويقال فى هذه الحالة انه ارتكب جريمة أو جنحة مدنية délit civil ، واما أن يكون ارتكابه للفعل نتيجة اهمال أو عدم انتباه الخ (المادة ١٣٨٣ فرنسى المقابلة للمادة ١٥١ فقرة ٢١٣/٢ مصرى) ، وتسمى هذه الحالة شبه جريمة أو شبه جنحة مدنية quasi — délit civil (١) .

٢٢٦ — **احوال تطبيقها** — تنطبق المادة ١٣٨٢ فى الأحوال التى يباشر فيها المالك عملا لا يخوله اياه حق ملكيته ، كما اذا حفر فى أرض جاره . وكذلك تنطبق اذا باشر المالك عملا يخوله اياه حق ملكيته ولكن يمنعه القانون أو يحوطه بقيود ، كما اذا أقام على أرضه آلة بخارية بدون أن يراعى الشروط التى تحتمها اللوائح ، كجعلها على مسافة معينة من المنازل المجاورة الخ .

وقد طبقت المحاكم أيضا المادة ١٣٨٢ فى الأحوال الثلاثة الآتية :

٢٢٧ — (١) **حالة تعمد المالك الاضرار بالجار** — كما اذا أقام مالك فوق سطح منزله مدخنة لا موجب لها ، ولا تعطى هيئة المنزل الخارجية أى رونق ، بل بالعكس كان وضعها بقصد ضرر الجار وحجب النور عنه . أو كما اذا انتهز مالك فرصة استعداد جاره للصيد فى أرضه المجاورة ، فأحدث بسوء قصد ، بدون أن يخرج من ملكه ، جلبة وضوضاء بقصد تنفير حيوانات الصيد . أو كما اذا أوجد مالك فى أرضه مضخة Pompe لا غرض منها الا انقاص المياه المعدنية التى تحويها عين نبعت فى أرض جاره .

---

(١) تقسيم الأفعال الى جرائم وشبه جرائم لا فائدة منه ، وقد انتقد كثيرا ، اذ الحكم واحد فى الحالتين ، والتعويض واجب فى كل منهما . ولذلك فان بعض القوانين الحديثة ، كالقانون المصرى ، أهمل هذا التفريق ، خلافا للقانون الفرنسى .

وقد قررت المحاكم أنه اذا استعمل المالك حقه من غير أن يكون له من هذا الاستعمال فائدة أو منفعة ، وانما بقصد أن يضر بغيره ، فان عمله يعتبر غير جائز ، ويجب عليه أن يقوم بأداء التعويض ، اذ أنه فى هذه الحالة لا يريد أن يستعمل حقا ، بل يريد أن ينفذ قصدا سيئا .

ومعظم الشراح متفقون مع المحاكم فى هذا التطبيق .

ونصت على ذلك صراحة بعض الشرائع الحديثة (١) .

٢٢٨ — (ب) **حالة اهمال المالك** — كما اذا كان فى امكان المالك أن يمنع الضرر باحتياطات يتخذها ، ولكنه لم يفعل . والفرق بين هذه الحالة والحالة السابقة هو أنه فى هذه الحالة يكون للمالك فائدة من العمل الذى قام به ونتج عنه ضرر للجار ، ولكنه كان يستطيع أن يحصل على نفس الفائدة أو ما يقرب منها باتخاذ احتياطات .

وعلى ذلك حكمت المحاكم بمسئولية المالك اذا تصاعد من ملكه دخان أو غازات أو نحوها مضرة بالجار ، وكان فى استطاعته ، باتخاذ بعض الأعمال ، أن يمنعها ، كما لو جعل للمدخنة اتجاها غير اتجاهها الحالى . وقضت كذلك بأن المالك يكون مسئولا اذا امتد حريق من منزله الى المنزل المجاور ولم يتخذ الاحتياطات الضرورية لمنع اتصال النار ، أو اذا حفر فى أرضه حفرة من غير أن يتخذ ما يلزم من الاحتياطات لمنع سقوط حائط الجار .

ومعظم الشراح متفقون مع المحاكم فى هذا التطبيق كذلك .

٢٢٩ — (ج) **حالة تجاوز مضار الجوار العادية** — توسعت المحاكم فى تطبيق المادة ١٣٨٢ ، وقضت بمسئولية المالك اذا عمل عملا ولم يقصد به الضرر بغيره ، وقام بكل الاحتياطات الضرورية لمنع الضرر عن الجار ، ولكن رغم كل ذلك أحدث عمله ضررا به ، وصدرت أحكامها بأن المالك يكون مسئولا اذا تجاوز

---

(١) راجع المادة ٢٢٦ من القانون الألمانى ، والفقرة الثانية من المادة ٣ من القانون السويسرى .

الضرر المضار العادية التى يستلزمها الجوار inconvénients habituels inhérents au voisinage .

وقد حكمت بناء على ذلك بمسئولية المالك الذى يتصاعد من ملكه أصوات أو دخان كثيف أو غازات تضر بغيره وان كان قد اتخذ كل الاحتياطات .

وحكمت أيضا بمسئولية المالك فى قضية تظلم فيها صاحب فندق من الحركة الناشـئة من صعود تلاميذ مدرسة مجاورة ونزولهم نحو ثمانى مرات فى اليوم ومن الضوضاء التى يحدثونها .

بل ان المحاكم قضت بمسئولية المالك اذا جعل منزلا له للفجور ، فانه يكون مسئولا قبل الجيران عن الضرر المادى الناشىء عن نقص قيمة الأملاك المجاورة ، والضرر الأدبى الذى يسببه مثل هذا الجوار .

وقد يحصل فى الغالب أن يكون العمل الناشىء عنه الضرر قد أجراه المالك بمقتضى ترخيص من جهة الادارة ، كما هو الحـال بالنسبة للمحال المقلقة للراحة والمضرة بالصحة والخطرة ، التى لا تنشأ أو تستغل الا بعد الحصول على اذن من جهة الادارة ، وهذا الاذن لا يعطى الا بعد تحر و بحث ، فنى هـذه الحالة وان كان المالك قد راعى اللوائح ، الا أنه قد أعطى الاذن الادارى مع حفظ حقوق الغير . فالحصول على الاذن انما يعفيه من المسئولية الجنائية ، ولـكن لا يرفع عنه المسئولية المدنية ، فتجوز مقاضاته عمـا يصيب جاره من الضرر . ولا تـكون الحـكومة مسئولة عن الضرر الذى يقع رغم الاذن ، الا اذا كانت الرخصة قد أعطيت مخالفة للوائح أو للقوانين .

وتجيز المحاكم لمن يصيبه ضرر من أعمال الجيران التى تتجاوز المضار العادية أن : (١) يطالب بالتعويضات ، (٢) أن يطلب منع من صدرت منه الأعمال الضارة من الاستمرار فيها .

٢٣٠ — التفرقة بين المضار العادية وغير العادية — بالنسبة للتطبيق الأخير ، أى حالة تجاوز المضار الملازمة للجوار ، تفرق المحاكم بين المضار أو المضايقات

العادية inconvéniens ordinaires ; habituels ; normaux ، وهى التى للجار أن يتحملها ، كما اذا أقام المالك مبانى نشأ عنها حجب الضوء عن الجار ، و بين المضار أو المضايقات غير العادية ، وتحكم بمسئولية المالك فيها ، وتعتبر أن العمل أصبح غير جائز من الوقت الذى يضر استعماله بالغير . وهذا بلا شك توسع فى معنى التقصير faute .

ولكن ما هو الضابط الذى بمقتضاه تحدد الأعمال التى يكون للمالك الحق فى أن يباشرها من غير أن يسأل عن أى تعويض ، والأعمال التى تعتبر غير جائزة ؟ ومتى يعتبر المالك أنه أساء استعمال حقه ؟ وما هى المضار العادية التى يجب على الجار أن يتحملها ؟

لم تضع المحاكم ضابطا لذلك ، بل تركت التقدير للقاضى ، الذى يقرر فى كل مسألة ان كان العمل يعتبر ضارا بالجار أولا . وتتفاوت جسامة المضار التى يجب أن يتحملها الجار بحسب موقع العقار . فالضرر قد يتحمله الجار اذا كان حاصلا فى حى صناعى أو شارع تجارى ، ولكن يترتب عليه دفع تعويضات اذا كان المالك الذى لحقه هذا الضرر فى حى هادىء للسكنى .

٢٣١ — أقوال الشراح فى فرنسا — انقسم الشراح بالنسبة للحالة الأخيرة . فبعضهم يرى رأى المحاكم من حيث التوسع فى نظرية التقصير ، والبعض الآخر يرى أن المادة ١٣٨٢ لا تنطبق .

٢٣٢ — سوء استعمال الحقوق Abus des droits — من رأى كثير من الشراح أن المادة ١٣٨٢ تنطبق فى كل الأحوال التى يسىء فيها المالك استعمال حقه(١) . ولكنهم اختلفوا فيما بينهم فيما يعتبر اساءة لاستعمال الحقوق .

فمن رأى بعضهم(٢) وجوب التفريق بين الحرمان من التمتع la privation

---

(١) راجع كولان وكابيتان نبذة ٧٤٣ .

(٢) بودرى لاكنترى وشوفو نبذة ٢١٧ — أوبرى ورو نبذة ١٩٤ طبعة خامسة ص ٣٠٢ وما بعدها — لوران ٦ نبذة ١٣٦ .

d'une jouissance ، والاعتـداء على الحق la lésion d'un droit . فالأعمال التى تحرم الجار من التمتع لا يترتب عليها مسئولية المالك ، بل الذى يترتب عليه المسئولية هو الاعتداء على حق الجار .

ومن رأى بعضهم [١] أنه يجب التفريق بين الحرمان من الفائدة la privation d'un avantage ، والاعتداء على الحق la lésion d'un droit ، وأن المالك لا يكون مسئولا الا فى الحالة الثانية .

وفريق من الشراح يفرق بين استعمال حق الملكية العادى والاستعمال غير العادى [٢] L'exercice normal ou anormal du droit de propriété .

ولكن هؤلاء الشراح جميعا لم يضعوا تعريفا للأحوال التى يعتبر فيها عمل المالك حرمانا من التمتع ، أو من الفائدة ، أو اعتداء على الحق ، أو الأحوال التى يكون فيها استعمال حق المالك عاديا أو غير عادى [٣] .

٢٣٣ — نقد نظرية سوء استعمال الحقوق — انتقد بعض الشراح نظرية سوء استعمال الحقوق ، وقالوا ان الحق لا يمكن أن يكون فى الوقت نفسه جائزا وغير جائز ، فالحق ينتهى حيث يبدأ سوء الاستعمال Le droit cesse où l'abus commence ، فلا يمكن القول بأن هنـاك استعمالا مخالفـا للحق usage abusif ، لأن نفس العمل لا يمكن أن يكون فى الوقت ذاته مطابقا

---

(١) بلوندیل Blondel فى سيرى ١٨٩٧ — ١ — ٢٧٣ تعليقـا على حكم النقض الصادر فى ١١ نوفبر ١٨٩٦ .

(٢) راجع : G. Charmont — Les transformations du droit civil, p. 208-209. .

(٣) راجع كتابنا « نطاق حق الملكية » ص ١١٣ وما بعدها .

وقد حكمت المحاكم بأن للمالك أن يقيم على ملكه مبانى مهما بلغ ارتفاعها ، ولو حجب عن جاره النور . وبالعكس قضت بأنه ليس للمالك أن ينشىء على ملكه آلات يتصاعد منها الدخان ، وذلك لحرمان الجـار من الهواء النقى الذى له حق فيه . فعلى حسب رأى الشراح الذين نحن بصددهم يكون حجب النور حرمانا من التمتع أو من الفائدة ، ويكون الحرمان من الهواء النقى تعديا على الحق . فلماذا هذا التفريق ؟ .

للحق ومخالفا له [١] .

وبناء على ذلك يرى هذا الفريق من الشراح أنه لا يمكن تطبيق المادة ١٣٨٢ فى الأحوال التى يستعمل فيها المالك حقه من غير أن يقصد الضرر بالجار مع اتخاذه كل الاحتياطات اللازمة ، لأنه لا يمكن نسبة التقصير أو الخطأ اليه .

٢٣٤ — المسئولية بسبب حوادث الجمادات — من رأى بعض الشراح أنه يمكن فى الحالة التى نحن بصددها اعتبار المالك مسؤولا عن الأعمال الناتجة بسبب حوادث الجادات المملوكة له Responsabilité du fait des choses inanimées ، وأن الواجب تطبيق الفقرة الأولى من المادة ١٣٨٤ التى بمقتضاها « لا يكون الانسان مسئولا فقط عن الضرر الذى يتسبب عن عمل نفسه son propre fait ، بل أيضا عن الضرر الذى يتسبب عن عمل الأشخاص الذين يكون مسئولا عنهم ، وعن الأشياء التى تحت حفظه des choses qu'on a sous sa garde » [٢] ، وأنه بمقتضى هذه المادة توجد قرينة présomption على وجود الخطأ على عاتق صاحب الشيء ، فالمجنى عليه لا يطلب منه اثبات خطأ المالك ، بل يطلب منه اثبات وجود رابطة سببية بين الشيء والضرر ، ولا يتخلى المالك عن المسئولية الا باثبات أن هنالك قوة قاهرة (أى قوة خارجة عن الشيء) ، أو اهمالا من المجنى عليه .

٢٣٥ — نظرية التقصير المادى أو مخاطر الملك — من رأى بعض الشراح تطبيق نظرية التقصير المادى المحض [٣] Théorie de la faute purement objective ou des risques . ومن هذا النفر الأخير سالى

---

(١) بلانيول ٢ نبذة ٨٧١ وما بعدها .

(٢) راجع جوسران Josserand فى كتابه De la responsabilité du fait des choses inanimées, 1897 ، ص ٥١ .

(٣) راجع سالى Saleilles فى كتابه : Les accidents du travail et la responsabilité civile, 1897 ، نبذة ٢٦ وما بعدها ص ٤٢ .

Saleilles الذى يرى أن المـادة ١٣٨٤ لا تقرر وجود أية قرينة ، وما هى الا تطبيق للمادة ١٣٨٢ ، وأن المادة ١٣٨٢ لا تتطلب أن يكون هنالك فعل مخالف للقـانون ، بل تشترط وجود فعل يترتب عليه ضرر fait dommageable ، فلا محل للبحث عن نية الفاعل ، بل يبحث عن الفعل نفسه [١] .

٢٣٦ — التزامات الجوار — يستند بعض الشراح على المادتين ٦٥١ و ١٣٧٠ مدنى فرنسى اللتين تنصان على الآتى :

المادة ٦٥١ : أوجب القانون على الملاك التزامات مختلفة لبعضهم على بعض بصرف النظر عن كل اتفاق يحصل بينهم .

المادة ١٣٧٠ : تنعقد بعض التعهدات من غير أن يحصل أى اتفاق ، لا من طرف الملتزم ولا من طرف الملتزم له ، و بعضها يقررها القانون ، والبعض الآخر ينشأ عن فعل خاص بالشخص الملتزم . والأولى هى الالتزامات التى توجد قسرا involontairement ، مثل الالتزامات التى بين الملاك المتجاورين .

فمن رأى هذا الفريق من الشراح أنه بمقتضى هذه النصوص يجب على كل مالك ألا يستعمل ملـكه استعمالا يضر بالجار . وهذا الالتزام الناتج من الجوار التزام سلبى ، اذ يوجب على كل مالك الامتناع عن بعض الأعمال . وفى حالة الاخلال بهذا الالتزام لا تطبق المادة ١٣٨٢ ، بل تطبق المادة ١١٤٥ التى تقضى بأنه اذا كان الالتزام عبارة عن الامتناع عن أمر وجب على المخالف أن يقوم بدفع التعويضات بمجرد المخالفة . وتحصل المخالفة كما اذا ارتكب المالك فعلا لا يدخل ضمن مضار الجوار العادية . والقاضى هو الذى يقرر ذلك على حسب الأحوال . وليس على الجار الا أن يثبت وقوع الضرر من المالك . ومتى رأى القاضى أن الضرر يفوق مضار الجوار العادية قضى بالتعويض ، بناء على المادة ١١٤٥ ، الا اذا أثبت المالك أن لعدم قيامه بتنفيذ تعهده سببا خارجا لا يمكن أن يسأل عنه : قوة قاهرة أو حادث جبرى (المادة ١١٤٧) .

---

(١) راجع كتابنا « نطاق حق الملـكية » ص ٣١٨ وما بعدها .

ولـكن الشراح الذين يرون هذا الرأى مختلفون فيما بينهم . فبعضهم يقول ان الالتزام هنا ناشىء عن شـبه عقد ، و يطلقون عليه شـبه عقد الجوار quasi-contrat de voisinage (١) . والبعض الآخر يقول انه ناشىء عن القانون obligation légale (٢) .

وقد وجه الى هذا الرأى أنه لا يمكن اعتبار الجوار شبه عقد ، لأن القانون لم ينص على اعتباره كذلك ، مع أن پوتييه الذى نقلت عنه أكثر أبواب القانون تكلم فيه كشبه عقد ، فسكوت القانون يعتبر نبذا لرأى پوتييه ، فضلا عن أنه لو اعتبرنا الجوار شبه عقد فان بعض الأعمال التى قد يجريها المالك وتضر بغيره لا تدخل فى هذا الالتزام ، اذ أن الالتزامات ، التى تنص عليها المادة ١٣٧٠ ، لا توجد الا بين الجيران المتلاصقين ، على أنه قد تضر بعض أعمال المالك بغيره من الجيران ممن لا يكون ملاصقا .

ولا يعتبر الجوار التزاما عاما ناشئا عن القانون ، لأن القانون انما أراد فى المادة ٦٥١ والمادة ١٣٧٠ الاشارة الى حقوق الارتفاق الواردة فى المادة ٦٥٢ تحت عنوان « حقوق الارتفاق المقررة بمقتضى القانون » ، لا تقرير مثل هذا الالتزام ، ولا يمكن تقرير التزام عام يطبق على كل الملاك من غير نص خاص .

فى القانون المصرى

٢٣٧ — اتباع الأحكام الفرنسية — قضت المحاكم المصرية ، اتباعا لما حكمت به المحاكم الفرنسية ، بأن حق الملـكية فى مصر ليس أوسع نطاقا منه فى الممالك الأوروبية ، وعلى الخصوص فى فرنسا ، حيث نقلت من القانون الفرنسى أغلب النصوص الواردة فى القانون المصرى .

---

(١) پوتييه Pothier جزء ٤ نبذة ٢٣٥ .

(٢) پلانيول جزء ١ نبذة ٢٣٦٦ وما بعدها — كاپيتان فى المجلة الاقتصادية ١٩٠٠ ص ١٥٦ وما بعدها و ٢٢٨ وما بعدها .

وقد قررت المحاكم المصرية ، فى كثير من أحكامها ، أنه يجب على المالك أن يتصرف فى ملكه بشرط ألا يستعمله استعمالا مخالفا ومضرا بالجار .

وكما هو الحال فى القضاء الفرنسى تشترط المحاكم المصرية لمسئولية المالك : (١) أن يتعمد حصول الضرر ، أو (٢) أن يهمل فى استعمال حقه فيترتب على ذلك حصول ضرر لجاره ، أو (٣) فى غير حالة التعمد والاهمال أن يتجاوز الضرر المضايقات العادية التى يستلزمها الجوار .

ومسئولية المالك تكون بالزامه بتعويض ما أصاب الجار من الضرر . ويجوز الحكم بازالة الشىء الذى يخشى منه حصول ضرر فى المستقبل . غير أن ذلك لا يكون الا عند الضرورة القصوى ، و بشرط أن يكون الضرر محققا ، ولا يمكن منعه بغير هذه الوسيلة .

وتطبيقا لما تقدم قررت المحاكم أن المالك يكون مسئولا اذا لم يستعمل حق ملكيته الا بقصد الاضرار بجاره . ويكون ذلك عادة بعمل ايجابى يباشره المالك ، كأن يجرى حفرا فى الأرض ، أو يقيم بناء بقصد أن يضايق جاره ، أو أن يحيط أرضه بخشبات ضخمة بها أشواك وأسلاك من الحديد مسننة بقصد منع الانتفاع بأرض للطيران مجاورة ، اذ يجعل هبوط الطيارات خطرا [١] ، أو أن يقيم على حدود ملكه حائطا تصل قمته الى نصف ارتفاع الطبقة الثالثة من عقار الجار [٢] ، ويصير بذلك الغرف المجاورة التى فى طبقات هذا العقار مظلمة ، فان اقامة مثل هذا الحائط المنشأ من غير منفعة حقيقية لا تعتبر استعمالا عاديا لحق الملكية [٣] .

٢٣٨ — *مسائل البناء والهدم* — صدرت أحكام عديدة من المحاكم المصرية فى مسائل البناء والهدم ، طبقت فيها القواعد المتقدمة ، متبعة ما سار عليه

---

(١) استئناف مختلط ٣٠ مارس ١٩٢٦ (٣٨ ص ٣١١) .

(٢) استئناف مختلط ١٧ أبريل ١٩١٩ (٣١ ص ٢٥٢) .

(٣) وللمحاكم أن تأمر بهدم جزء من الحائط ، وأن تحدد بحسب الأحوال الى أى ارتفاع يجب هدم الحائط (مختلط ١٧ أبريل ١٩١٩ (٣١ ص ٢٥٢) .

القضاء الفرنسي [١] .

٢٣٩ — تبرير الأحكام — استندت المحاكم المصرية على ما قررته المحاكم الفرنسية ، وعلى قواعد العدالة ومبادىء القانون الطبيعي ، وعلى المادة ٣٨ فقرة ثانية /٦١ — التي بمقتضاها ليس لمالك الحائط أن يهدمه لمجرد ارادته اذا كان ذلك يترتب عليه حصول ضرر للجار المستتر ملكه بحائطه ، ما لم يكن هدمه بناء على باعث قوي [٢] — وعلى المادة ٣٠ فقرة ثانية /١٥ فقرة ثانية — التي بمقتضاها تتبع في حق الارتفاق « شروط العقد الذي ترتب عليه وجود ذلك التكاليف وعرف البلد Les usages locaux » — وبما أن المادتين ٣٨ فقرة ٢/٦٠ فقرة ٢ ، ٣٠ فقرة ٢/١٥ فقرة ٢ مأخوذتان من الشريعة الاسلامية فقد قضت المحاكم بأنه يجب الرجوع الى أحكام تلك الشريعة التي تعتبر عرفا للبلد ، لحسم الخصومات والمشاكل التي تنشأ بسبب الجوار . وبحسب أحكام الشريعة الغراء للمالك أن يتصرف كيف شاء في خالص ملكه ما لم يكن تصرفه مضرا بالجار ضررا فاحشا [٣]. وعرف الضرر الفاحش بأنه ما يكون سببا لوهن البناء ، أما ما يمنع المنافع التي ليست من الحوائج الأصلية [٤] فليس بضرر فاحش [٥].

ولم تبين المحاكم المصرية الحد الذي يفصل بين أعمال المالك التي تدعو الى مسئوليته ، والأعمال التي لا يكون فيها مسئولا عما يحدث للجار من الضرر . واكتفت بعض هذه الأحكام بالقول بأن المالك يكون مسئولا عن الاستعمال الذي

---

(١) راجع كتابنا « الملكية والحقوق العينية » الجزء الأول نبذة ٢٧٩ . وراجع كذلك الأحكام الصادرة بخصوص المحال المضرة بالصحة والمقلقة للراحة والخطرة (كتابنا المذكور نبذة ٢٨٠) .

(٢) راجع نبذة ٥٤١ .

(٣) المادة ٥٧ مرشد الحيران .

(٤) قارن رأي من يفرق بين الحرمان من المنفعة والتعدي على الحق (نبذة ٢٣٢) .

(٥) المادة ٥٩ مرشد الحيران .

يحدث للجار ضررا جسيما préjudice grave [١] ، أو اذا تجاوز الضرر المضار العادية التى يستلزمها الجوار [٢] . و بعضها قرر أن المالك لا يسأل عن المضار التافهة moindres inconvénients [٣] .

على أن المحاكم المصرية قضت ، مثل المحاكم الفرنسية ، بأن القاضى هو الذى يقرر فى كل حالة اذا كان الضرر الناشىء عاديا أو غير عادى [٤] . وعليه مراعاة طبيعة العقارات ، ومواقعها بنسبة بعضها لبعض واستعمالها ، وتخصيصها [٥] .

٢٤٠ — نظرية سوء استعمال الحقوق فى القوانين الحديثة — جاء القانونان الألمانى والسويسرى بأحكام خاصة بنظرية سوء استعمال الحقوق . والذى دعا لايجادها هى الضرورات العملية التى جعلت المحاكم فى فرنسا وفى مصر تقضى بها رغم عدم النص ، فقد ذكرت المادة ٢٢٦ من القانون الألمانى أن استعمال حق لا يكون مباحا اذا لم يكن له غرض سوى احداث ضرر للغير . وجاء فى المادة ٩٠٦ منه : لا يجبر المالك على أن يتحمل فى ملكه الغازات والأبخرة والروائح والدخان والقتام (الهباب) والحرارة والضوضاء والاهتزاز ونحوها الا اذا كان الضرر الناشىء عنها قليلا تافها nul et insignifiant أو اذا كانت ناتجة من استعمال العقار استعمالا عاديا usage normal بحسب عرف المكان . وقررت المادة ٣ فقرة ٢ من القانون السويسرى أن من يسىء استعمال حقه اساءة جلية لا يتمتع بأية حماية قانونية . وقالت المادة ٦٨٤ منه ان المالك ملزم عند استعمال حقه ، خصوصا بالنسبة للأعمال الخاصة بالاستغلال الصناعى ، أن يمتنع عن كل افراط يضر بملك الجار ، فتمنع على الأخص التصاعدات المقلقة والضوضاء

---

(١) استئناف مختلط ٦ أبريل ١٩٠٥ (١٧ ص ١٨٩) .

(٢) أسيوط الابتدائية ١٦ مارس ١٩٢٥ المحاماة ٥ رقم ٦٢٣ ص ٧٦٠ .

(٣) ٣٠ أبريل سنة ١٩٠٢ (١٥ ص ٢٦٤) .

(٤) ٢٣ نوفبر ١٨٩٢ (٥ ص ٢٣) .

(٥) مصر المدنية المختلطة ١٦ يناير ١٩١٣ جازيت ٣ ص ٦٧ رقم ١١٨ .

والاهتزاز التى ينشأ عنها ضرر والتى تزيد على المقدار الذى يتجاوز عنه الجيران ، مع ملاحظة الاستعمال المحلى ، ومكان العقار وطبيعته ، وعلى المالك الذى يحدث حفرا أو أبنية ألا يضر جيرانه باحداث رج بأراضيهم أو بتعريضها للضرر أو بتعريض الأعمال التى فوقها للتلف . وجاء القانون التركى الجديد ، الصادر فى ١٧ فبراير سنة ١٩٢٦ ، فى المواد ٢ فقرة ٢ ، و ٦٦١ ، و ٦٦٢ ، بأحكام القانون السويسرى المتقدمة .

(جـ) القيود الاتفاقية

Restrictions conventionnelles

٢٤١ — قلنا انه يجوز للمالك أن يحتفظ بكل الحقوق التى تخولها اياه ملكيته ، ويجوز له أن ينقلها كلها الى الغير ، أو أن ينقل بعضها . فاذا نقل الى غيره بعضها ، مثل حق الانتفاع أو حق الاستعمال ، فانه اذا أراد أن يتصرف فى ملكه بعد ذلك فلا يمكنه أن يفعل الا مع حفظ الحقوق المذكورة التى يكون قد رتبها لمصلحة غيره .

٢٤٢ — ***الأموال التى يجيز فيها القانون اشتراط عدم التصرف فى الملك*** — أجاز القانون المدنى الفرنسى للمالك أن يتفق على عدم جواز التصرف فى الملك فى الحالات الآتية :

(١) الحالة التى يشترط فيها فى عقد الزواج عدم التصرف فى المهر régime dotal (مدنى فرنسى ١٥٤٠ وما بعدها ، وخصوصا المادة ١٥٥٤) .

(ب) حالات الاستبدالات المباحة Substitutions permises (مدنى فرنسى ١٠٤٨ و ١٠٤٩) ، أى الحالات المعينة المنصوص عليها في القانون التى يجوز أن يشترط فيها على الموهوب له أو الموصى له عدم التصرف فى الأموال الممنوحة اياه ، وحفظها مدة حياته ، ثم انتقالها لغيره بعد وفاته . على أن الأصل أن الاستبدالات ممنوعة (فرنسى ٨٩٦) ، ولا تجوز الا فى الأحوال المبينة فى المادتين

١٠٤٨ ، ١٠٤٩ بالشروط المذكورة فيهما .

(ج) ملك الأسرة ، فان القانون الفرنسى الصادر فى ١٢ يوليه سنة ١٩٠٩ — على مثال القوانين الأمريكية التى لا تجيز الحجز على المنزل Homestead — أباح للمالك (بشروط معينة أهمها أن يكون متزوجا أو له أولاد قصر) أن يجعل من منزله أو بعض منزله والأراضى المجاورة للمنزل متى كانت قيمتها كلها لا تزيد على ٨٠٠٠ فرنك [١] ، ما يسمى ملك الأسرة Bien de famille [٢] ، و يصير هذا الملك غير قابل للحجز عليه ، ولا يجوز رهنه ولا يمكن التصرف فيه الا بشروط مخصوصة .

أما القانون المصرى فلم ينص على الأحوال المتقدمة ، وانما جعل للمالك الحق فى أن يقف أمواله ، ويجعلها بذلك غير قابلة للتصرف فيها . وانه وان كان القانون رقم ٤ لسنة ١٩١٣ (القانون رقم ٣١ لسنة ١٩١٢ مختلط) نص على عدم جواز توقيع الحجز على الأملاك الزراعية الصغيرة ، فان هذا القانون لا يقيد حرية المالك من حيث التصرف ، وانما لا يجيز حجز الأملاك الزراعية التى يملكها الزراع الذين ليس لهم من الأطيان الا خمسة أفدنة أو أقل ، الا فى أحوال خاصة بينت فى القانون المذكور ، وليس ذلك بموجب اتفاق العاقدين ، بل بمقتضى القانون . ولذا ذكرنا عدم جواز توقيع الحجز على الأملاك الصغيرة بين القيود القانونية المقررة للمصلحة الخاصة [٣] .

اشتراطات عدم التصرف [٤]

Clauses d'inaliénabilité

٢٤٣ — بحثنا الآن فيما اذا كان يسوغ للمالك أن يتفق على عدم جواز

---

(١) رفعت الى ٤٠٠٠٠ فرنك — بسبب هبوط سعر الفرنك — بالقانون الصادر فى سنة ١٩١٩ المعدل بقانون ٢٤ مارس سنة ١٩٢٨ .

(٢) راجع كتابنا « نطاق حق الملكية » ص ٣٤٩ — ٣٧٤ .

(٣) نبذة ٢٢٣ .

(٤) كتابنا « الملكية والحقوق العينية » ١ نبذة ٢٨٥ وما بعدها .

تصرفه فى ملكه فى غير الأحوال المنصوص عليها صراحة فى القانون . وسنبحث هذا الموضوع أولا فى القانون الفرنسى ، ثم نتكلم فيه فى القانون المصرى .

فى القانون الفرنسى

٢٤٤ — اختلف القضاء والشراح فى فرنسا اختلافا شديدا ، فبينما تجيز المحاكم الاتفاق على اشتراطات عدم التصرف المؤقتة ، وعلى الخصوص فى عقود التبرع لكثرة استعمالها فيها ، تجد الخلاف على أشده بين الشراح ، فمنهم من يبطل جميع اشتراطات عدم التصرف ، سواء أكانت مؤقتة أم مؤبدة ، ومنهم من يرى رأى المحاكم ، وانما يبحث عما يبرر هذه الأحكام ، ومنهم من يحاول تفرقة أخرى .

٢٤٥ — (١) **أحكام القضاء** — تفرق المحاكم بين اشتراطات عدم التصرف المؤبدة Clauses d'inaliénabilité perpétuelles ، واشتراطات عدم التصرف المؤقتة Clauses d'inaliénabilité temporaires ، وتقضى ببطلان الأولى ، وبصحة الثانية .

وبالاطلاع على الأحكام المختلفة الصادرة من المحاكم يمكن استخلاص القواعد الآتية ، للتفرقة بين الاشتراطات المؤبدة والمؤقتة :

يكون شرط عدم التصرف مؤقتا اذا كان محددا بمدة حياة ناقل الملكية disposant ou aliénateur ، أو حياة شخص أجنبى un tiers ، لأنه فى هذه الحالة يكون لمن تنتقل اليه الملكية أن يؤمل زوال اشتراط عدم التصرف . ولكن اذا كان اشتراط عدم التصرف لمدة أطول من حياة ناقل الملكية أو حياة الغير فانه يكون مؤبدا .

واذا كان عدم التصرف لمدة حياة من انتقلت اليه الملكية gratifié ou acquéreur ، أو لمدة غير محدودة ، أو لمدة طويلة un long temps ، فيعتبر الشرط مؤبدا . وقد اعتبر بعض المحاكم ١٧ سنة مدة طويلة . وبعضها اعتبر ٤٠ سنة مدة طويلة . وبعضها لم يعتبر ٤٠ سنة مدة طويلة . وبعضها اعتبر اشتراط

عدم التصرف مدة ١٥ سنة اشتراطا مؤقتا . والفصل فى ذلك للمحاكم .

٢٤٦ — اشتراطات عدم التصرف المؤبدة Clauses d'inaliénabilité perpétuelles — لم تتردد المحاكم فى ابطال الشروط التى تقرر عدم التصرف المطلق . والأسباب التى بنت عليها المحاكم أحكامها ، لابطال هذه الشروط ، يمكن تقسيمها الى ثلاثة : سبب قانونى ، وسبب سياسى ، وسبب اقتصادى .

السبب القانونى : ان شرط عدم التصرف المطلق مخالف لمبدأ حرية التصرف فى الأموال . ومبدأ حق التصرف فى الملك ، الذى هو من عناصر الملكية الأساسية ، من النظام العام ، فلا يجوز الحيد عنه الا فى الأحوال الخاصة المرخص بها فى القانون .

السبب السياسى : حبس الأموال وعدم التصرف فيها مخالف للنظام الديموقراطى régime démocratique ، الذى يقضى بعدم قصر ملكية الأموال على أشخاص دون آخرين .

السبب الاقتصادى : تداول الأموال ضرورى لتقدم التجارة ، واشتراط عدم التصرف يعوق كثيرا من الأعمال التجارية و يعطل التقدم الاقتصادى .

ولا فرق بين الحالة التى يكون فيها المال موضوع الاشتراط منقولا ، والحالة التى يكون فيها ثابتا ، فمتى كان الاشتراط مؤبدا فهو باطل مهما كان نوع المال موضوع التصرف . ولكن يلاحظ أن قاعدة « الحيازة فى المنقول سند الملكية » يترتب عليها فى أغلب الأحوال تعطيل آثار شروط منع التصرف .

ولا فرق كذلك بين الحالة التى يكون فيها موضوع الاشتراط حق الملكية أو حق انتفاع ، لأن حق الانتفاع فى ذاته هو مال مستقل .

٢٤٧ — اشتراطات عدم التصرف المؤقتة Clauses d'inaliénabilité temporaires — تقضى المحاكم ، كما قلنا ، بصحة الاشتراطات المؤقتة . وأول حكم صدر بذلك هو حكم محكمة انجرس Angers فى ٢٩ يونيه ١٨٤٢ [١] .

(١) دالوز ٤٢ — ٢ — ٢١٨ سيرى ٤٢ — ٢ — ٤٠٠ .

وكانت المحاكم قبل ذلك تقضى ببطلان مثل هذه الشروط . ولكن الاحتياجات العملية هى التى دعت الى هذا الحكم ، فان الأفراد أكثروا من استعمال هذه الشروط ، فى الهبات والوصايا على الخصوص ، وكانوا فى الغالب يأتون بهذه الشروط لغرض حميد جائز ، وبما أنها لم تكن الا لمدة قصيرة ، فلم تتردد المحاكم تلقاء ذلك فى اجازتها ، وان كان فى حكمها خروج عن تطبيق القانون تطبيقا دقيقا . وصدر أول حكم من محكمة النقض فى سنة ١٨٥٨ (١) ، ثم كثرت بعد ذلك الأحكام ، وأصبحت صحة الاشتراطات المؤقتة مبدأ مقررا ، والخلاف انما هو فيما يعتبر شرطا مؤقتا وما يعتبر شرطا مؤبدا .

أما الحجج التى بنت عليها المحاكم أحكامها للتخلص من الاعتراضات الموجهة ضد الاشتراطات المؤبدة فتتلخص فى الآتى :

(١) ان اشتراطات عدم التصرف المحدودة بمدة ليست مخالفة للنظام العام ، اذ أن القانون أجاز استعمالها فى المادتين ١٠٤٨ و ١٠٤٩ فيما يختص بالاستبدالات المباحة ، فيجب من باب القياس القول بصحة منع التصرف متى قرر لضمان مصلحة جدية مشروعة . ولكن هذه الحجة لا يمكن الأخذ بها ، لأن التدليل بالقياس فى هذه الحالة مخالف لقواعد التفسير ، اذ أن المادتين ١٠٤٨ و ١٠٤٩ ما هما الا استثناء للقاعدة العامة ، ويجب تفسير الاستثناء بكل دقة وعدم القياس عليه .

(٢) لا يوجد أى نص فى القانون يمنع جواز مثل هذه الشروط .

(٣) ان المادتين ٥٣٧ و ٥٤٤ تجيزان للمالك أن يفعل ما يشاء بملكه ، فله أن يشترط عدم التصرف فى الأموال التى ينقلها ، لأن اشتراط عدم التصرف ما هو الا طريق من طرق استعمال الملكية .

(٤) ان ناقل الملكية حر فى أن يهب أو لا يهب ، فمن باب أولى يكون حرا فى أن يقيد هبته ، بأن يشترط عدم جواز التصرف ، فضلا عن أن اشتراط عدم التصرف تبرره مصلحة مشروعة جدية .

---

(١) ٢٠ أبريل ١٨٥٨ دالوز ٥٨ — ١ — ١٥٤ سيرى ٥٨ — ١ — ٥٨٩ .

(٥) ان المادة ٥٨١ مرافعات تجيز عدم الحجز على بعض الأموال . ولكن يلاحظ أن اشتراط عدم جواز الحجز نتيجته اخراج الشيء المعطى من أحكام طرق التنفيذ الجبرى ومن متناول يد الدائنين ، أما اشتراط عدم جواز التصرف فانه يقيد حرية المالك نفسه .

(٦) ان الحجة الاقتصادية القائلة بأن عدم التصرف مخالف لحرية تداول الأموال يرد عليها بأن عدم التصرف هنا مؤقت ، فضلا عن أنه تبرره مصلحة جدية محمودة .

(٧) ان الحجة السياسية المتقدم ذكرها يرد عليها بأنه لا خوف هنا ، لأن منع التصرف مؤقت .

٢٤٨ — **شروط صحة الاشتراطات المؤقتة** — يجب لصحة الاشتراطات المؤقتة توافر الشروط الآتية :

(١) أن يكون شرط عدم التصرف فى عقد أو عمل من أعمال التصرف acte d'aliénation عند نقل الملكية ، فليس للمالك أن يقرر بارادته أن الشيء المملوك له أصبح غير قابل للتصرف ، لأنه يترتب على عدم التصرف عدم جواز الحجز ، ولو أجيز للمالك بارادته الفردية أن يقرر عدم جواز التصرف لأمكن كل مدين أن يخرج أمواله من متناول دائنيه .

وفى غالب الأحوال يكون شرط عدم التصرف فى الهبات والوصايا . فللواهب أو الموصى أن يقرر عدم جواز التصرف فى الأموال الموهوبة أو الموصى بها . ولكن لا يوجد ما يمنع اشتراط عدم التصرف فى العقود التى بمقابل ، مثل البيع ، وان كان من النادر فى الواقع أن يقرر المشترى مثل هذا الشرط ، لأنه ما دام أنه يقوم بدفع الثمن فالمفهوم أنه يرغب فى أن تكون له حرية التصرف فى المال الذى يشتريه .

(٢) أن يكون عدم التصرف لمدة قصيرة . وقد سبق الكلام فى ذلك .

(٣) أن توجد مصلحة جدية مشروعة intérêt sérieux et légitime [1] . فاذا لم توجد مصلحة ، أو وجدت وكانت تافهة ، أو لم تـكن مشروعة ، فان اشتراط عدم التصرف يكون ممنوعا .

وان وجدت هذه المصلحة فقد تـكون مصلحة ناقل الملـكية ، أو شخص أجنبي ، أو من تنقل اليه الملـكية .

(ا) مصلحة ناقل الملـكية الأصلي disposant ou aliénateur — كما اذا رتب الواهب لنفسه ايرادا لمدة الحياة يدفعه الموهوب له ، واشترط عـدم التصرف فى الموهوب ضمانا لهذا المرتب ، أو كما اذا حفظ لنفسه حق انتفاع أو حق استعمال شخصى أو حق السكنى ، واشـترط عدم التصرف لضمان حقوقه هذه ، حتى لا يجد نفسه فى مواجهة مالك للرقبة لا يعرفه ، وقد يضايقه فى الانتفاع بحقه ، أو كما اذا اشترط البائع فى البيع الوفائى عـدم تصرف المشترى فى الشيء حتى ينتهى الوقت المحدد لرد الثمن .

(ب) مصلحة شخص أجنبي un tiers — كما اذا كان الايراد أو حق الانتفاع مقررا لمصلحة ذلك الشخص .

(ﺣ) مصلحة من ينتقل المال اليه gratifié ou acquéreur — كما اذا كان صغيرا أو سفيها ، فيشترط الواهب عدم التصرف فى المال حتى يبلغ الموهوب له سنا معينة ، كسن الرشد ، أو حتى يبلغ ٢٥ سنة أو ٣٠ سنة .

فاذا لم تتوافر الشروط المتقدمة يكون الشرط باطلا ، و يعتبر أنه غير موجود . أما اذا توافرت الشروط المطلوبة فينتج الشرط آثاره ، فتصبح الأموال غير قابلة للتصرف فيها ، ولا يمكن تقرير حقوق عينية عليها ، كالرهن وحقوق الارتفاق ، ولا يمكن حجزها ، ولذلك تخرج الأموال من متناول دائنى المتصرف له .

٢٤٩ — (ب) آراء الشراح — اختلف الشراح كما قلنا اختلافا كبيرا ، و يمكننا بالنسبة لآرائهم أن نفرق بين ثلاث مدد :

---

(١) والغاية تبرر الواسطة la fin justifie les moyens .

(١) المدة الأولى : نجد فيها الشراح يأخذون برأى المحاكم كما هو ، فيفرقون بين الاشتراطات المؤبدة والاشتراطات المؤقتة ، ويقولون بابطال الأولى وصحة الثانية . ومن بين هؤلاء الشراح تروبلونج ، وديمولومب ، وأوبرى ورو . وكلهم يعترفون بأنه بحسب القانون يجب ابطال كل الاشتراطات التى تقرر عدم التصرف ، ولكنهم أمام أحكام المحاكم يتراجعون فيقررون أن ما يجب حظره ، على حسب المبادىء العامة ، هو الاشتراطات التى تقرر عدم التصرف بصفة مطلقة بدون قيد أو شرط ، وأنه على العكس من ذلك تجب اجازة الاشتراطات المؤقتة التى تبررها مصلحة جدية .

(٢) المدة الثانية : نجد بعد ذلك فريقا آخر من الشراح لا يفرقون بين الاشتراطات المؤبدة والاشتراطات المؤقتة ، و يقولون بابطال كل ما يمنع التصرف ، ومن بين هؤلاء الشراح لوران ، وهوك ، وهم يرون أن تقسيم اشتراطات عدم التصرف الى مؤقتة ومؤبدة تقسيم تحكمى يصعب تقريره ، اذ متى يكون المنع مؤقتا ؟ وهلا يكفى ألا يكون مؤبدا ؟ واذن فأين يكون الحد ؟ ومن الذى يعينه ؟ وما الحكم فى المدة ؟ أتكون عشرين سنة ؟ أم خمسين سنة ؟ ورأى مؤلفى هذه المدة مطلق ، و يبنونه على النظريات القانونية ، من غير مراعاة الاحتياجات العملية التى اضطرت المحاكم الى اجازة بعض الشروط المؤقتة .

(٣) المدة الثالثة : نجد بعد ذلك فريقا آخر من الشراح لا يناقشون المحاكم فيما قررته من صحة الاشتراطات ، فقد أصبحت أحكام المحاكم مبدأ ثابتا مقررا ، ولكنهم يبحثون وراء ما يؤيد صحة هذه الأحكام من المبادىء القانونية ، ولم يستقروا على رأى واحد .

ما يترتب على مخالفة شروط عدم التصرف

٢٥٠ — فى حالة النص — اذا نص ناقل الملكية على ما يترتب على مخالفة شروط عدم التصرف وجب الأخذ بما اتفق عليه ، كما اذا اتفق على شرط جزائى ، كدفع مبلغ من النقود يقوم بأدائه من يخالف هذه الشروط ، أو كما اذا

اتفق على فسخ الهبة مثلا ، وفى هذه الحالة الأخيرة يترتب على تصرف الموهوب له ما يترتب على تحقق الشرط الفاسخ ، فينتج أثره بقوة القانون ، ويكون له أثر رجعى ، ويعود المال الى الواهب الذى يعتبر أنه كان دائما مالكا له .

٢٥١ — **فى حالة عدم النص** — اذا لم ينص على مخالفة الشروط ، فقد اختلفت آراء المحاكم والشراح ، وهذه أهم الدعاوى التى ذكروها :

(ا) دعوى المطالبة بتعويضات .
(ب) دعوى ابطال التبرع .
(ج) دعوى ابطال التصرف .

٢٥٢ — (ا) **دعوى المطالبة بتعويضات** Action en dommages intérêts — هذه الدعوى يقررها من يرى اعتبار شرط عدم التصرف كالتزام بالامتناع عن أمر ، ففى حالة المخالفة يستحيل هـذا الالتزام الى تعويضات . والأشخاص الذين يسوغ لهم رفع هذه الدعوى هم المالك الذى نقل الملكية ، أى الواهب (أو ورثته) ، اذا كان الشرط وضع لمصلحته ، وكذلك الغير tiers اذا جعل الشرط لمصلحته .

٢٥٣ — (ب) **دعوى ابطال التبرع** Action en révocation de la libéralité[1] — هذه الدعوى مقررة أيضا عند أنصار الرأى الذى يعتبر شرط عدم التصرف كالتزام بالامتناع عن أمر . والذين يجوز لهم رفعها هم الواهب وورثته أو ورثة الموصى ، حتى لو كان الشرط فى مصلحة الغير . ولا يجوز للغير الذى جعل الشرط فى مصلحته أن يرفعها ، لأنه لم يكن طرفا فى عقد التبرع الذى انتقلت بموجبه الملكية .

وترفع الدعوى على المنتفع bénéficiaire أو ورثته اذا كان عدم التصرف مشترطا أيضا بعد وفاته .

ويترتب على هذه الدعوى رجوع الشىء الى ناقل الملكية disposant ،

---

(١) راجع المادتين ٩٥٤ و ١٠٤٦ مدنى فرنسى .

أو ورثته ، خاليا من الحقوق التى تكون قد تقررت عليه ، أى أنه يكون للفسخ أثر رجعى ، فيسقط التصرف الأول والثانى ، وتعود الأموال الى الحالة التى كانت عليها ، لا قبل التصرف غير الجائز ، بل قبل التصرف المصحوب بشرط عدم التصرف الذى خولف .

وهذه الدعوى لا يستفيد منها الغير الذى وجد شرط عدم التصرف لمصلحته ، لأنه من جهة لا يسوغ له رفعها ، ومن جهة أخرى فانه اذا رفعها من يملك ذلك فان المال يعود الى ناقل الملكية disposant ، أو ورثته ، ولا يعود الى ذلك الغير .

٢٥٤ — (ج) دعوى ابطال التصرف Action en nullité de l'aliénation[١] — قد أقرت هذه الدعوى المحاكم ، التى تجيز رفعها لمن تقرر منع التصرف لمصلحته ، لا فرق بين كون التصرف بمقابل أو بغير مقابل . فيجوز للأشخاص الآتين رفعها :

(١) للواهب : اذا كان شرط عدم التصرف لمصلحة الواهب فانه يكون له وحده حق رفع الدعوى ، وليس للموهوب له أن يرفعها فى هذه الحالة .

(٢) لورثة الواهب (أو الموصى) .

(٣) للغير : اذا كان عدم التصرف جعل لمصلحته .

(٤) للمتصرف فى المال المشترط عدم التصرف فيه gratifié . و يكون له رفع الدعوى اذا كان شرط عدم التصرف لمصلحته . ولكن لا يكون له ذلك الحق اذ اكان الشرط لمصلحة ناقل الملكية disposant أو الغير . و بما أن هذه الدعوى لا يرفعها الا من له مصلحة فينبنى على ذلك أن الفسخ يكون نسبيا ، فيجوز للمتصرف gratifié ، متى أصبح له الحق فى التصرف فى المال ، أن يجيز التصرف الذى أجراه أثناء المنع . وليس لناقل الملكية فى هذه الحالة أن يرفع

---

(١) لا توجد هذه الدعوى عند أنصار الالتزام بالامتناع عن التصرف . ومعظم الشراح لا يرون جواز رفع هذه الدعوى .

الدعوى . و ينبنى على ذلك أن الفرض الذى اشترط منع التصرف من أجله قلما يتحقق هنا ، لأن المتصرف لا يقدم على ابطال تصرفه الا نادرا . وليس لدائنى الواهب أن يرفعوا دعوى ابطال التصرف .

و يترتب على هذه الدعوى ابطال التصرف ، ورد المال الذى حصل التصرف فيه من غير حق الى المتصرف gratifié . ولذلك فان هذه الدعوى أكثر انطباقا على قصد المتعاقدين من الدعوى السابقة ، لأن قصد ناقل الملكية هو ضمان انتفاع الشخص الذى انتقلت اليه الملكية بما نقله اليه [1] .

٢٥٥ — عدم جواز حجز الشىء الممنوع التصرف فيه : ينبنى على عدم جواز التصرف فى الشىء عدم جواز حجزه أيضا بواسطة دائنى الموهوب له أو الموصى له مثلا ، لأنه اذا لم يكن الأمر كذلك أمكن الالتجاء الى عقد قرض ، فيسوغ بمقتضاه للدائن أن يحجز و يبيع المال المشترط عدم جواز التصرف فيه .

٢٥٦ — شروط الاستبدال Clauses de remploi — قد يحصل أن ناقل الملكية من غير أن يشترط عدم التصرف فى المال الذى يهبه أو يوصى به يشترط ألا يحصل التصرف فيه الا بشرط أن يستبدل به مال آخر يحل محله فى ذمة من انتقلت اليه الملكية ، وتكون له هذه الصفة ، أى صفة عدم امكان التصرف فيه . ومن رأى الشراح أنه ما دام أن ناقل الملكية له أن يشترط عدم التصرف المطلق و بالنسبة لكل الناس فيكون له أن يعلق التصرف الاحتمالى على شرط ، ولا يكون هذا التصرف صحيحا الا اذا حل محل المال الذى تنتقل ملكيته مال آخر ، ومن يملك الكل يملك البعض qui peut le plus peut le moins [2] .

---

(١) راجع فى كل ما تقدم كتابنا « نطاق حق الملكية » ص ٣٠٩ — ٣١٤ .

(٢) جوسران نبذة ٨٥١ — راجع نقض ٣٠ أكتوبر ١٩١١ سيرى ١٩١٢ — ١ — ٣٨٥ — عكس ذلك : Wahl فى تعليقه على هذا الحكم .

فى القانون المصرى

٢٥٧ — فى غير حالة الوقف لايوجد فى القانون المصرى نص يجيز اشتراط عدم التصرف فى المال ولو كان الشرط مؤقتا . وقد كان من رأينا عند تأليف كتابنا « نطاق حق الملكية » فى سنة ١٩١٤ ، عدم اجازة شروط منع التصرف لأن ايراد مثل هذه الشروط نادر فى الواقع ، اذ بالرجوع الى المجاميع القضائية لم نجد الا حكمين مقتضبين ، أحدهما صادر من محكمة الاستئناف المختلطة (١) ، والثانى صادر من محكمة الاستئناف الأهلية (٢) ، وقلنا انه لعدم وجود نص فى القانون ، ولندرة استعمال مثل هــذه الشروط ، يجب الغاء كل شرط يقيد حق التصرف فى الملكية ، غير حالة الوقف المنصوص على جوازها فى القانون ، وانه وان كانت المحاكم فى فرنسا أجازت الشروط المؤقتة فما ذلك الا لكثرة استعمال مثل هذه الشروط هناك ، واضطرار المحاكم لأن تلين أمام الأمر الواقع . أما فى مصر فان استعمال هذه الشروط نادر كما تقدم ، فضلا عن أننا لو رجعنا الى الشريعة الاسلامية ، التى تعتبر قانونا محليا بالنسبة لمصر ، نجد أنها لا تجيز مثل هذه الشروط ، فقد جاء فى المـادة ٢٢٨ من مرشد الحيران : « الشرط الذى لا يكون من مقتضيات العقد ولوازمه ولا مما يؤكد موجبه ولا جرى به العرف وكان فيه نفع لأحد العاقدين أو لآدمى غيرهما فهو فاسد ، والشرط الذى لا نفع فيه لأحد العاقدين ولا لآدمى غيرهما فهو لغو غير معتبر ، والعقد الذى يكون مقرونا به صحيح » ، ولما كان الشرط الذى يمنع التصرف فى المال بالبيع أو الهبة شرطا لا يتفق مع مقتضيات عقد البيع أو الهبة فيجب ابطاله . أما بالنسبة للعقد الأصلى نفسه ، فقد قررت المادة ٢٢٩ من مرشد الحيران أن « كل ما كان مبادلة مال بمال ، كالبيع والشراء والايجار والاستئجار والمزارعة والمساقاة والقسمة والصلح عن مال ، لا يصح اقترانه بالشرط الفاسد ولا تعليقه به ، بل تفسد اذا اقترنت

---

(١) استئناف مختلط ١٣ مايو ١٩٠٣ (١٠ ص ٢٩٢) .

(٢) ٢٣ فبراير ١٩١١ المجموعة ١٢ رقم ٨٢ ص ١٥٣

أو علقت به ، ومثل ذلك اجازة هذه العقود فانها تفسد باقترانها بالشرط الفاسد وبتعليقها به » . والمادة ٢٣٠ تقول « . . . ما كان من عقود التبرعات ، كالهبة والقرض . . . فانه يصح مع اقترانه بالشرط الفاسد ويلغو الشرط ، ولا يصح تعليقه بالشرط ، بل يبطل العقد ان تعلق به . . . »[١] .

٢٥٨ — هذا ما قلناه فى كتابنا « نطاق حق الملكية » ، غير أننا عثرنا بعد ذلك فى المجاميع القانونية على أحكام كثيرة صدرت أخيرا فى هذا الموضوع[٢] ، وبعضها لم يتعرض لبحث صحة اشتراطات عدم التصرف المؤقتة من الوجهة القانونية ، بل اكتفى بالقول بجوازها ، والبعض الآخر اقتصر على تقرير ما قضت به المحاكم فى فرنسا ، وقضى بأن اشتراطات عدم التصرف تكون جائزة وصحيحة متى كانت مؤقتة ووجدت مصلحة لناقل الملكية فى تقريرها . ونرى الأخذ بما قضت به المحاكم الفرنسية للأسباب التى تقدم شرحها . ومما يلاحظ أنه يمكن أن يؤخذ من أحكام الشريعة الاسلامية جواز مثل هذه الشروط (راجع النبذة السابقة) .

أنواع الملكية

الملكية الفردية Propriété individuelle

٢٥٩ — الأصل أن يكون المالك مستقلا فى ملكه ، أى لا يشاركه فى ملكه أحد . وقد يملك الشيء الواحد أكثر من شخص واحد ، فاذا كان كل منهم مستقلا بجزء منه ، كالدار ذات الطبقات ، يكون لكل طبقة منها مالك مستقل ، كانت الملكية فى هذه الحالة فردية كذلك ، ويقال لها Copropriété sans indivision . غير أنه قد يقيد حق الملكية ببعض الحقوق ، اذ أوجب القانون على أصحاب العلو واجبات يقومون بها فى منفعة أصحاب السفل ، كما أوجب

---

(١) قارن المادتين ١٧٢ و ٩٠٠ فرنسى ، فان حكمهما مماثل .

(٢) راجع هـذه الأحـكام فى كتابنـا « الملكية والحقوق العينية » الجزء الأول نبذة ٣٠٢ .

على أصحاب السفل واجبات يؤدونها لمالك العلو كما سيجىء (مدنى ٣٤/٥٥ وما بعدها)[١].

الملكية على الشيوع

Propriété indivise ou Indivision[٢]

٢٦٠ — اذا تعدد الملاك فى الشىء الواحد ، بدون أن يتعين ملك كل منهم ، فيقال للملك انه شائع أو ان هناك شركة فى الملك . فيوجد شيوع اذا كان الشىء الواحد مملوكا فى مجموعه لعدة أشخاص ، من غير أن يخصص لكل منهم جزء مادى معين ، كما اذا كان منزل مملوكا لعدة أشخاص ، من غير أن يكون لكل منهم أن يدعى ملكية جزء معين منه . ويقال لكل منهم مالك على الشيوع ، أو مشتاع ، أو شريك فى الملك (copropriétaire أو communiste أو indivisaire) .

وقد يكون سبب الشيوع اختياريا ، أى بارادة الانسان ، كما اذا اشترى اثنان أو أكثر دارا على الشيوع من غير تعيين الأنصبة ، أو كما اذا أوصى شخص لعدة أشخاص بتلكية شىء من غير تعيين . وقد يكون غير اختيارى ، بنص فى القانون ، كالشيوع الناتج بسبب الارث ، كما اذا توفى شخص وترك ولدين ومنزلا ، فان ملكية المنزل تنتقل للولدين على الشيوع .

ولكل من المشتاعين الحق على الشيوع فى كل جزء من أجزاء هذا الملك بقدر نصيبه .

وقد تكون الأنصبة فى الملك المشترك متساوية أو مختلفة .

ولكل مشتاع أن يطالب كل واحد من شركائه بنصيبه فى الريع الناتج من الجزء الذى انفرد كل منهم بالانتفاع به .

---

(١) راجع نبذة ٥٤٤ وما بعدها .

(٢) ويقال لها أيضا : Copropriété indivise ; copropriété avec indivision ; propriété commune ; propriété plurale.

ومما يؤسف له أن القانونين الفرنسي والمصرى لم يأتيا بأحكام خاصة بالشيوع ، مع أن هذا الموضوع تنشأ عنه مشاكل هامة مختلفة . ولم يسع المحاكم ازاء سكوت القانون ، الا استنباط بعض القواعد بالرجوع الى النصوص المتعلقة بالشركات والنصوص المتعلقة بالملكية [١] .

٢٦١ — حقوق الشركاء فى الملك — لكل من المشتاعين حق ملكية حقيقى فى نصيبه الشائع . فله من غير رضاء شركائه أن يتصرف فيه على الشيوع بكل أنواع التصرفات ، كأن ينقله لغيره ، بعوض أو بغير عوض ، أو أن يرهنه رهنا تأمينيا [٢] . وسنفصل ذلك فيما بعد [٣] .

وللمشتاع أن يرفع على الغير دعوى الاستحقاق ، لا للحصول على جزء مادى معين من المال المشترك ، بل للاعتراف بحقه شائعا فى الملك المشترك .

ولكل من الشركاء فى الملك الحق فى استعمال الملك المشترك ، بقدر نصيبه بشرط ألا يغير من تخصيصه ، وألا يسبب ضررا أو تعكيرا لحيازة الآخرين .

ولكن ليس لأحد منهم أن يتصرف فى الشىء ذاته أو فى جزء منه ، لا ماديا ولا قضائيا . وينتج من ذلك :

(١) أن بيع أحد الشركاء المال المشترك من غير اشتراك الباقين لا يكون صحيحا الا بالنسبة للجزء الشائع الذى للبائع . ويجوز للباقين أن يرفعوا دعوى الاستحقاق من غير انتظار لنتيجة القسمة .

(٢) ليس للشريك فى الملك أن يحدث تغييرا فى المال المشترك ، أو أن يعدل من تخصيصه ، والا كان لباقى الشركاء ، بمقتضى حقهم الخاص بهم ، أن يطلبوا

---

(١) وقد جاء بعض القوانين الأوروبية بأحكام خاصة بالشركة فى الملك ، كالقانون الألمانى ، والسويسرى ، والتركى ، والايطالى ، والاسبانى ، والبلجيكى .

ويلاحظ أنه بالنسبة للشركات لا يوجد شيوع بين الشركاء ، بل ان أموال الشركة تكون مملوكة ملكية فردية للشخص المعنوى .

(٢) راجع كتابنا « التأمينات » نبذة ٢٩٦ .

(٣) راجع نبذة ٢٦٣ وما بعدها .

ازالة الأعمال الجديدة ، من غير أن يرتبطوا بارادة الأغلبية . ولا يجوز اجراء أعمال مادية تغير من طبيعة الشيء المشترك أو تخصيصه من غير رضاء جميع الشركاء صراحة أو دلالة .

(٣) ليس للشريك أن يباشر ، من غير اشتراك الباقين ، عملا من أعمال الادارة ، وعلى الأخص ايجار الملك المشترك . ولكن المحاكم سارت فى كثير من الأحكام على القضاء بصحة الأعمال النافعة التى يجريها أحد الشركاء فى الملك ، مطبقة هنا نظرية الفضول gestion d'affaires ، ونظرية الوكالة الضمنية .

ومن رأى بعض الشراح تطبيق النصوص الخاصة بادارة الشركات عند عدم تعيين مديرين لها [١] .

٢٦٢ — **مصاريف الصيانة** — على كل الشركاء فى الملك أن يشتركوا فى مصاريف الحفظ والصيانة بنسبة أنصبتهم [٢] .

٢٦٣ — **التصرف فى جميع العين** — لا يكون التصرف فى جميع العين صحيحا الا باتفاق جميع الشركاء فى الملك كما تقدم .

٢٦٤ — **بيع المشتاع حصة الشائعة** — يجوز للشريك فى الملك كما تقدم أن يبيع حصته شائعة . وقد سلم القانون نفسه بصحة هذا البيع ، فقد جاء فى المادة ٤٦٢ / ٥٦١ / ٨٤١ : « يجوز للشركاء فى الملك قبل قسمته بينهم أن يستردوا لأنفسهم الحصة الشائعة التى باعها أحدهم للغير ويقوموا بدفع ثمنها له والمصاريف الرسمية والمصاريف الضرورية أو النافعة » .

ولا يجوز للشريك فى الملك بيع جميع المال المشاع من غير رضاء كل الشركاء فى الملك ، ويعتبر أنه باع ملك غيره بالنسبة لما زاد على نصيبه . ويكون البيع

---

(١) راجع المادة ٥٣٥/٤٣٨ مصرى والمادة ١٨٥٩ فرنسى . وكتابنا « الملكية والحقوق العينية » الجزء الأول نبذة ٣٠٦ .

(٢) راجع الفقرة الثالثة من المادة ١٨٥٩ فرنسى .

صحيحا بالنسبة للجزء الشائع الذى له .

واذا باع أحد المشتاعين جزءا مفرزا معينا ، أى اذا عين القدر المتصرف فيه ، فالتعيين باطل والتصرف صحيح على الشيوع ، الا اذا أجازه باقى الشركاء ، أو وقع الجزء الذى عين فى نصيبه بموجب القسمة .

٢٦٥ — **رهن المشاع مصنر** — يجوز للشريك فى الملك أن يرهن ، أثناء قيام الشيوع ، حصته الشائعة ، وله أيضا أن يرهن حصة معينة ، ولكن صحة الرهن تتوقف على نتيجة القسمة ، فاذا وقع المرهون فى نصيبه فان الرهن يكون صحيحا ، اذ يعتبر أنه كان دائما مالكا للعقار المرهون ، نظرا لأن القسمة مقررة للحقوق ، واذا لم يقع العقار فى نصيبه فان الرهن يسقط [١] .

واذا وقع جزء من المرهون فى نصيبه فان الرهن يكون صحيحا بمقدار الجزء الذى وقع فى نصيبه .

٢٦٦ — **انقضاء الشيوع** — ينقضى الشيوع عادة بالقسمة . وتوجد أسباب أخرى ينتهى بها الشيوع ، كأن يرث أحد الشريكين الآخر ، أو كأن يترك أحد الشريكين حصته فى الملك المشاع الى الشريك الآخر ، وكأن يبيع الشركاء فى الملك جميع حصصهم الى مشتر واحد ، أى فى جميع الأحوال التى تؤول فيها كل الحصص الى شخص واحد .

٢٦٧ — **طلب القسمة** — القسمة عملية الغرض منها اخراج المالك من الملك المشترك الى ملك خاص يستقل به دون باقى الشركاء ، أو هى « تعيين الحصة الشائعة ، يعنى افراز الحصص بعضها من بعض بمقياس ما ، كالذراع والوزن والكيل [٢] » .

وللشركاء فى الملك حق طلب القسمة مهما مضى من الوقت على البقاء فى

---

(١) كتابنا « التأمينات » نبذة ٢٩٦ .

(٢) المجلة المادة ١١١٤ .

حالة الشيوع ، ولو أكثر من خمس عشرة سنة . فحق طلب القسمة لا يسقط بمضى الزمن imprescriptible . وقد ذكرت هذه القاعدة فى القانون المصرى فى المادة ٧١١/٦٢١ من مجموعة المرافعات المدنية والتجارية ، ونصها :

« يجوز لكل شريك فى عقار أن يطلب قسمته . ولا يصح الاتفاق على خلاف ذلك الا ممن يكون أهلا للتصرف لمدة لا تزيد على خمس سنوات بالأكثر . وتتبع فى القسمة القواعد المقررة فى القانون المدنى[(١)] » .

«Chacun des copropriétaires d'un immeuble indivis peut exiger le partage ; toute convention contraire ne peut être faite valablement que par des personnes capables de s'engager, et pour cinq années au plus. On suivra pour le partage les règles établies par le code civil».

فبمقتضى المادة ٧١١/٦٢١ مرافعات / ٨١٥ مدنى لا يجوز أن يتفق الشركاء فى الملك على أن القسمة لا تطلب متى كان أحدهم قاصرا ، لأن هذا الاتفاق لا يمكن عقده الا بين المتمتعين بالأهلية .

ولا يجوز للشريك فى الملك أن يتنازل عن حقه فى طلب القسمة . ومثل هذا التنازل يكون باطلا . فالقاعدة التى تنص عليها المادة من النظام العام d'ordre public .

وكل اتفاق على مدة تزيد على خمس سنوات يجب انقاصه الى هذه المدة . ولكن يمكن تجديد الاتفاق .

ويجوز التمسك بالاتفاق ضد دائنى الشركاء فى الملك .

ويلاحظ أن نص المادة ٧١١/٦٢١ مرافعات خاص بالشيوع فى العقار[(٢)] .

---

(١) وهذه المادة تقابل المادة ٨١٥ من المجموعة المدنية الفرنسية ، التى جاء فيها : « لا يجبر أحد على البقاء فى الشيوع . ويجوز دائما طلب القسمة رغم ما قد يوجد من الموانع أو الاتفاقات المخالفة . ويجوز مع ذلك الاتفاق على وقف القسمة مدة معينة وهذا الاتفاق لا يكون ملزما فيما زاد على خمس سنوات . ولكن يجوز تجديده » .

(٢) راجع المادة ٣٤ من المجموعة التجارية البحرية (٢٢٠ تجارى فرنسى) بخصوص الشيوع فى السفينة ، فقد نص فيها على أن التصفية licitation (البيع لعدم امكان القسمة عينا) لا يكون الا بناء على طلب من يكون لهم نصفها من الملاك ، ما لم يوجد شرط بالكتابة يخالف ذلك .

والقواعد الخاصة بالقسمة مذكورة فى المجموعة المدنية ، فى المادة ٤٤٨/٥٤٥/١٨٧٢ وما بعدها[(١)].

٢٦٨ — **كيفية القسمة** — اذا كان الشيوع ناشئا عن عقد ، وصرح فى ذلك العقد عن كيفية القسمة ، كان اجراء القسمة بالطريقة المبينة فى العقد . واذا كان الشيوع ناشئا عن غير عقد ، كالشيوع الناتج من الارث ، يفرق بين حالتين ، لأن المتقاسمين اما أن يتفقوا على كيفية القسمة ، وفى هذه الحالة يكون لهم أن يباشروها بالكيفية التى اتفقوا عليها ، لأن الاتفاق قانون المتعاقدين ، وهو لا يتنافى مع النظام العام . هذا اذا لم يكن بينهم غير ذى أهلية ، والا وجب أن تحصل القسمة بواسطة المحكمة[(٢)]. والحالة الثانية هى حالة عدم اتفاق المتقاسمين على كيفية القسمة ، وفيها تحصل القسمة قضاء بواسطة المحكمة[(٣)].

٢٦٩ — **أنواع القسمة** — القسمة اما أن تكون اختيارية partage à l'amiable ، أو قضائية en justice ، واما أن تحصل عينا en nature ، أو بطريق التصفية أى البيع بالمزاد en licitation .

والقسمة الاختيارية ، أو قسمة الرضا ، هى التى تجرى بين المتقاسمين فى الملك المشترك بالتراضى .

والقسمة القضائية ، أو قسمة القضاء ، هى تقسيم القاضى الملك المشترك جبرا وحكما بطلب المقسوم لهم .

---

(١) راجع كتابنا « العقود المدنية الصغيرة » نبذة ١٥٠ وما بعدها .

(٢) وليس لمثل عديم الأهلية ، غير الأب ، أن يتفق على حصول القسمة بغير ذلك . أما بالنسبة للأب فبما أن الشريعة الاسلامية تجيز له ، بما له من الولاية الشرعية على الولد القاصر ، أن يبيع عقار ولده بدون اذن المحكمة المختصة فى مسائل الوصاية ، فله من باب أولى أن يقسم بطريق التراضى عقارا للولد نصيب شائع فيه ، بلا حاجة لاتباع الاجراءات المقررة فى القانون .

(٣) راجع المادة ٤٥١/٥٤٨ والمادة ٤٥٢/٥٤٩/٨٢٠ — ٨٢٤ — وكتابنا « العقود المدنية الصغيرة » نبذة ١٥٤ وما بعدها .

وتحصل القسمة عينا اذا أمكنت قسمة الأموال بغير تلف ، أو بحيث لا تفوت الفائدة المقصودة من ذلك المال بالقسمة .

وتحصل قسمة التصفية licitation عند عدم امكان القسمة عينا . ويكون ذلك بطريقة بيع الأموال المشتركة وتقسيم ثمنها . ويحصل البيع بالطرق المقررة فى قانون المرافعات[١] .

٢٧٠ — آثار القسمة — يترتب على القسمة :

(ا) أن يستبدل بالحصة الشائعة فى الملك المشترك حصة مفروزة معينة يستقل بها كل مالك .

(ب) القضاء على الحق المشاع الذى كان لكل مقاسم فى جميع الأموال المشتركة التى لا تقع فى حصته .

وينص القانون الفرنسى (المادة ٨٨٣) ، والقانون المصرى الأهلى (المادة ٤٥٧) ، على أن للقسمة أثرا رجعيا فيما يختص بالنتيجتين السابقتين ، فيعتبر المقاسم أنه مالك للحصة التى اختص بها من وقت بدء الشيوع ، وأنه لم يملك أبدا الجزء الذى لم يختص به ، أى أن القسمة مقررة للحقوق ، لا ناقلة لها .

والقانون الرومانى يعتبر القسمة ناقلة للحقوق ، وكذلك الشريعة الاسلامية .

أما القانون المختلط فيؤخذ من نص المادة ٥٥٥ منه أن أثر القسمة ناقل . ولكن المحاكم المختلطة رغم النص ، قضت ، كما سنبينه[٢] ، بأن القسمة مقررة للحقوق ، كما هو الحكم فى القانونين الفرنسى والأهلى .

ويختلف الحكم باختلاف هذين الاعتبارين . فاذا اعتبرنا القسمة مقررة ، وكان الشريك فى الملك قد باع ، أثناء الشيوع ، حصة معينة مساوية لنصيبه أو أقل من نصيبه يكون البيع صحيحا اذا وقع الجزء الذى باعه فى حصته ، وباطلا اذا لم يقع فى حصته . ولكن اذا اعتبرنا القسمة ناقلة كان البيع باطلا ، سواء وقع

---

(١) راجع مدنى ٥٥٤/٤٥٨ ، مرافعات ٧١٦/٦٢٦ .

(٢) نبذة ٢٧٢ .

الجزء فى حصة البائع أو حصة غيره .

٢٧١ — فى القانون الأهلى — نصت المادة ٤٥٧ من المجموعة الأهلية على أن :

« كل حصة وقعت بموجب القسمة فى نصيب أحد الشركاء تعتبر أنها كانت دائما ملكا له قبل القسمة وبعدها ، ويعتبر أنه لم يملك غيرها من الأموال التى قسمت » .

«Chaque copartageant est censé avoir toujours été propriétaire des biens qui lui sont échus par suite du partage et n'avoir jamais eu la propriété des autres biens partagés».

ويؤخذ من هذا النص أن أثر القسمة يرجع الى بدء الشيوع ، فهى مقررة للحقوق ، أى معلنة أو مبينة أو كاشفة أو مظهرة لها déclaratif ، لا منشئة ، أو ناقلة لها translatif ، فيعتبر كل مقاسم أنه مالك للحصة التى اختص بها من وقت بدء الشيوع ، وأنه لم يملك أبدا الجزء الذى لم يختص به .

ويترتب على كون الحصة التى تقع فى نصيب أحد الشركاء تعتبر أنها كانت دائما له : أن الرهن وحقوق الارتفاق والحقوق العينية الأخرى التى رتبها على العقار الذى وقع فى حصته تعتبر صحيحة من وقت ترتيبها .

ويترتب على كون الشريك الذى وقعت فى نصيبه الحصة بموجب القسمة يعتبر أنه لم يملك غيرها من الأموال التى قسمت : ان كل التصرفات التى تقع من الشريك ، وهو فى حالة الشيوع ، متعلقة بعقار لم يقع فى نصيبه وقت القسمة ، تكون باطلة ، كالبيع والمعاوضة وكل حق عينى صادر من أحد المتقاسمين ، أثناء الشيوع .

٢٧٢ — فى القانون المختلط — نص فى المادة ٥٥٥ من المجموعة المختلطة على أن :

« قسمة المال عينا تعتبر بمنزلة بيع كل من الشركاء حصته الشائعة قبل

« Le partage en nature vaudra vente de chacun des copropriétaires pour sa

القسمة لمن وقعت فى نصيبه ، ويترتب عليها ما يترتب على البيع » .

part indivise, à celui qui aura acquis le lot, et entraînera les mêmes effets».

وهذا النص يختلف عن نص القانون الأهلى ، ويفهم منه أن القسمة منشئة ، لا مقررة . غير أن المحاكم المختلطة ، رغم هذا النص ، قضت بأن حكم القانون المختلط ، كحكم القانون الأهلى والقانون الفرنسى فى هذا الصدد [١] . وقد نسبت المحاكم المختلطة نص المادة المختلطة الى زلة قلم الشارع ، وقالت انه لم يقصد وضع قاعدة مخالفة للقانون الفرنسى .

ولا شك أن فى حكم المحاكم المختلطة خروجا على النص .

٢٧٣ — **آثار القسمة فى حالة التصفية** — لم تذكر القوانين المصرية آثار القسمة الا بالنسبة للقسمة العينية . وقد نص على ذلك صراحة فى المجموعة المدنية المختلطة (المادة ٥٥٥) .

فاذا حصلت القسمة بطريق البيع بالمزاد — وهى لا تحصل فى الغالب الا بسبب عدم امكان القسمة عينا [٢] — يجب التفريق بين حالتين :

(١) اذا رسا مزاد العقار على أجنبى عن المتقاسمين فتطبق أحكام البيع ، ولا يوجد الأثر الرجعى ، فيأخذ الراسى عليه المزاد العقار خاليا من جميع الحقوق التى رتبها عليه المتقاسمون أثناء الشيوع .

(٢) اذا رسا المزاد على أحد المتقاسمين ، فانه يكون لذلك أثر رجعى ، وينتقل العقار الى المقاسم الذى رسا عليه المزاد خاليا من جميع الحقوق العينية التى رتبها عليه باقى المتقاسمين ، ولا تبقى الا الحقوق التى رتبها هو عليه .

٢٧٤ — **انواع اخرى للقسمة** — الآثار السابق الكلام فيها التى تترتب

---

(١) استئناف مختلط ٤ ابريل ١٨٨٩ (١ ص ١٤٧) ، ٨ مايو ١٨٩٠ (٢ ص ٤٠٩) .

(٢) على أنه يجوز لذوى الأهلية أن يتفقوا على بيع عقار فى المحكمة بدلا من قسمته بينهم عينا .

على القسمة ، خاصة بالقسمة العينية ، التي هي قسمة افراز نهائية .

ولكن القسمة قد تكون أيضا قسمة مهايأة ، أو قسمة مؤقتة ، أو قسمة جزئية ، ففي هذه الأنواع لا تظهر آثار القسمة كاملة ، لأنها ليست قسمة تامة كما سنبينه .

٢٧٥ — قسمة المهايأة (partage provisionnel) — قد يتفق الشركاء في الملك على أن يقتسموا المال المشترك قسمة مهايأة ، فلا يتعدى أثرها المنفعة .

فالمهايأة هي قسمة المنافع . وهي لا تجرى فى المثليات ، لأنها لا يمكن الانتفاع بها مع بقاء عينها ، ولأنها قابلة للقسمة ، فلاحاجة الى المهايأة . وتكون المهايأة فى القيميات التي يمكن الانتفاع بها مع بقاء عينها ، كالدار والأرض والحيوان .

والمهايأة نوعان : (١) المهايأة زمانا ، كما لو تهايأ اثنان على أن يزرعا الأرض المشتركة بينهما ، هذا سنة والآخر سنة ، أو على أن يسكنا الدار المشتركة كل منهما سنة بطريق المناوبة . وهذا متحتم فى الجنس الواحد الذى لا تمكن تجزئته ، كالدابة الواحدة ، والبيت الصغير .

(٢) المهايأة مكانا ، كما لو تهايأ اثنان فى الأرض المشتركة على أن يزرع أحدهما نصفها والآخر نصفها الآخر ، أو الدار المشتركة على أن يسكن أحدهما فى جانب والآخر فى الجانب الآخر ، أو أحدهما فى علوها والآخر فى السفل ، أو فى الدارين المشتركتين على أن يسكن أحدهما فى احداها والآخر فى الأخرى .

٢٧٦ — القسمة المؤقتة partage provisoire — هى التى يكون للمتقاسمين الحق فى العدول عنها .

٢٧٧ — القسمة الجزئية partage partiel — يجوز أن يتفق الشركاء فى الملك على أن يختص بعضهم بنصيبه ، و يبقى البعض الآخر فى حالة الشيوع . ولا يترتب على القسمة الجزئية الآثار التى تترتب على القسمة النهائية ، الا فيما يختص بمن أخذ نصيبه من المتقاسمين .

٢٧٨ — **تسجيل عقد القسمة** — تقضى المادة ٢ من قانون التسجيل الجديد (القانون رقم ١٨/١٩ لسنة ١٩٢٣) بوجوب تسجيل العقود والأحكام النهائية المقررة لحقوق الملكية أو الحقوق العينية الأخرى ، بما فيها القسمة العقارية ، واذا لم تسجل فلا تكون حجة على الغير ، ولكنها تكون نافذة فيما بين المتعاقدين ، بخلاف العقود الناقلة أو المنشئة للملكية والحقوق العينية ، فان عدم تسجيلها يترتب عليه عدم انشاء هذه الحقوق أو نقلها ، لا بين المتعاقدين ولا بالنسبة للغير .

ومن رأى بعض الشراح والمحاكم أن تسجيل القسمة العقارية واجب مهما كان سبب الشيوع الذى أوجب القسمة ، أى سواء أ كانت القسمة حاصلة بين ورثة فى العقارات الموروثة أم بين غيرهم ، لأن نص المادة ٢ من قانون التسجيل عام ولا يفرق (١) .

ومن رأى بعض آخر من الشراح والمحاكم أن عقد القسمة بين الورثة يثبت فى حق كل انسان بثبوت الوراثة ، كنص المادة ٦١٠/٧٣٦ من المجموعة المدنية (التى لم يلغها قانون التسجيل) ، والتى جاء فيها : « ملكية العقار والحقوق المتفرعة عنها اذا كانت آئلة بالارث تثبت فى حق كل انسان بثبوت الوراثة » . وبما أن القسمة مقررة للحقوق ، فقسمة العقار الموروث تقرر حقا انتقل بالارث ، فهو ثابت فى حق كل انسان بمجرد ثبوت الوراثة ، ولا ضرورة لتسجيلها . وانما التسجيل واجب بالنسبة للقسمة بين الشركاء فى الملك فى غير هذه الحالة (٢) .

ونحن نرى وجوب تسجيل عقد القسمة مهما كان سبب الشيوع . ولا محل للاحتجاج هنا بالمادة ٦١٠/٧٣٦ (التى لم يلغها قانون التسجيل) ، فملكية العقارات الموروثة تنتقل الى الورثة من غير حاجة للتسجيل ، وفقا للمادة ٦١٠/٧٣٦ ، ولكنها تنتقل اليهم شائعة ، واذا ما حصلت القسمة بعد ذلك وجب التسجيل ،

---

(١) راجع بحثنا « اشهار التصرفات العقارية » فى مجلة القانون والاقتصاد ٣ ص ٤٤٩ .

(٢) استئناف مختلط ٢٠ يناير ١٩١٥ (٢٧ ص ١٢٤) ، ٢٦ ديسمبر ١٩٢٢ المحاماة ٣ رقم ٣٧٠ ص ٤٣٧ .

كما تقضى بذلك المادة ٢ من قانون التسجيل ، وكما كان الحكم قبل قانون التسجيل بناء على المادة ٧٣٩/٦١٢ . ومما تجب ملاحظته أيضا أنه فى حالة الشيوع غير الناشىء عن الارث يكون العمل القانونى المنشىء للشيوع غالبا مسجلا ، فلو كان يلزم تسجيل عقد القسمة بعد ذلك ، فالتسجيل ألزم من باب أولى عند قسمة الشيوع الناشىء عن الارث حيث الواقعة القانونية التى هو مصدرها لا تتخذ علانية ما .

أنواع الشيوع

٢٧٩ — الشيوع نوعان :

(١) الشيوع العادى ، أو المؤقت ، أو الاختيارى indivision ordinaire أو facultative أو temporaire ، وقد انتهينا من الكلام فيه .

(٢) الشيوع الاجبارى ، أو الدائم ، أو الالزامى indivision forcée أو obligatoire أو perpétuelle ، وسنشرح أحكامه فيما يلى :

الشيوع الاجبارى

Indivision forcée

٢٨٠ — الشيوع الاجبارى هو شيوع معد لأن يبقى مؤبدا ، ولا تجوز فيه القسمة أبدا . وأهم الصور لهذا النوع من الشيوع هى :

(١) الأجزاء المشتركة فى المنزل المملوكة طبقاته لملاك مختلفين ، كالأرض المقام عليها المنزل ، والأساسات الخ . وسنتكلم فى ملكية الطبقات [١] عند شرح النصوص الخاصة بحقوق الارتفاق .

(٢) العقارات التى تعد ، بسبب موقعها ، أو بمقتضى اتفاق ، لأن تبقى دائما مخصصة لاستعمال عقارين أو أكثر مملوكين لملاك مختلفين ، كالحارات ، والمماشى ، والممرات ، والطرق ، والأحواش ، والآبار ، والمراحيض ، والكبارى والترع

---

(١) راجع نبذة ٥٤٤ وما بعدها .

المخصصة لخدمة عدة مصانع .

(٣) مقابر الأسرة وأوراق الأسرة ووثائقها .

والشيوع الاجبارى لا يؤثر فى استغلال المال المشترك استغلالا حسنا ، بل هو ضرورى لهذا الاستغلال ، ولا يخشى فيه من النزاع الذى يسببه الشيوع العادى ، لأن الشيوع هنا متعلق بأشياء تخصيصها المشترك واضح للعيان ، ولا تضار المصلحة الاقتصادية التى تقضى بوجوب تداول الأموال ، لأن نفس تخصيص الأموال هنا يجعلها غير قابلة للانتقال .

والقاضى هو الذى يقدر اذا كان الشىء ضروريا حقيقة للاستعمال المشترك ، واذا كانت القسمة تحول دون الانتفاع به الانتفاع الذى خصص أو أعد له .

٢٨١ — طبيعة حق الشريك فى الشيوع الاجبارى — حق الشركاء فى الشيوع الاجبارى ليس حق ارتفاق ، وانما هو حق شركة فى الملك ، فقد نبذت المحاكم الرأى الذى كان يقول بوجود حق ارتفاق بين الشركاء بعضهم مع بعض ، اذ لا يوجد عقار مرتفق وعقار مرتفق به مملوك لآخر ، بل ان للشركاء حقوقا متساوية فى كل الشىء وفى كل جزء منه . ويترتب على ذلك :

(١) أن حق الشركاء فى الملك لا يسقط بعدم الاستعمال مدة ١٥ سنة (٣٠ سنة فى القانون الفرنسى) .

(٢) ان هذا الحق يجوز اكتسابه بمضى المدة كما تكتسب الملكية .

(٣) اذا كان العقار المشترك طريقا (أو ممرا أو ما شابه ذلك) ، فاصلا بين مبان مملوكة للشركاء فى الطريق ، فان لكل منهم أن يحدث مطلات مقابلة فى مبانيه ، بشرط أن يكون هذا الطريق الذى يفصل بين أملاكهم يزيد على المسافة القانونية التى يحتم القانون تركها . وليس من الضرورى أن توجد المسافة القانونية بين البناء المنشأ فيه المطل المقابل ومنتصف الطريق المشترك ، كما كان يجب لو كان هناك ارتفاق بالشيوع . وتصوير هذه الحالة أن يملك كل من الجارين نصف الطريق ، أى الى وسط الشارع ، فاذا كان لأحد الجارين حق ارتفاق على الجزء

المملوك للجار الآخر ، فانه يجب أن تترك المسافة القانونية بين وسط الشارع والمطل المنشأ . أما اذا كان الطريق مملوكا على الشيوع فيعتبر كل من الشريكين مالكا بقدر نصيبه فى كل جزء من أجزاء الطريق .

غير أنه يجب اعتبار حق الشركاء حق ارتفاق اذا حصل الاتفاق على ذلك ، فقد يخول مالك الطريق أو الممر أو البئر الملاك المجاورين الحق فى استعمال الطريق أو الممر أو البئر لخدمة عقارهم ، فيكون لهم حق ارتفاق عليه . وفى هذه الحالة يصح سقوط الحق بعدم الاستعمال المدة القانونية .

٢٨٢ — حقوق الشركاء فى الشيوع الاجبارى — بما أن الشيوع هنا دائم فللمشتاعين حقوق أوسع نطاقا من مثلها فى الشيوع العادى . فللمشتاع أن ينتفع بالمال المشترك بحسب تخصيصه المعد له بمقتضى الاتفاق ، أو الذى يظهر من طبيعة الشيء ، أو الذى أعد له بالفعل . وله أن يحدث فيه تعديلات أو تغييرات ، فله أن يعلى أرض الحوش المشترك ، أو أن يجرى فيه أعمالا خاصة بسيل المياه . وله أن يحدث فى حافة الطريق المشترك سورا من الحديد لا يعوق المرور ويدخل عليه تحسينا ، وله أن يفتح ببنائه أبوابا وشبابيك مطلة على الحوش أو الطريق المشترك الخ .

وبصفة عامة يمكن القول ان لكل مشتاع أن يعمل كما لو كان مالكا وحده للشيء المشترك ، وانما بشرطين :

(١) ألا يغير تخصيص الشيء وألا يضر بحق شركائه المتساوى مع حقه . فالشريك فى الحوش ليس له أن يقيم فيه مخازن أو أن يضع فيه مناضد أو يجرى فيه أعمالا خاصة بحرفته اذا كان الحوش معدا أصلا للمرور ، أو أن يقيم سورا فى الأرض المشتركة اذا كانت اقامته تجعل استعمالها أقل سهولة بالنسبة لباقى الشركاء ، كما اذا منعت أو ضايقت مرور العربات .

(٢) ألا يستعمل الشيء المشترك الا لمنفعة العقارات التى ترك من أجلها فى حالة الشيوع ، فلا يجوز للمشتاع أن يستعمله لخدمة عقارات أخرى .

٢٨٣ — التزامات الشركاء — يجب على الشركاء فى الملك أن يتحملوا الشيوع من غير أن يكون لهم أن يطلبوا القسمة .

وليس لهم أن يباشروا أى عمل من أعمال التصرف فى الشىء المشترك ، وعلى الخصوص التنازل عن حقهم فيه مستقلا عن العقار الذى خصص هذا الشىء لخدمته .

وعليهم أن يتحملوا مصاريف الحفظ والصيانة بنسبة أنصبتهم فى الملك المشترك .

ويجوز للشريك أن يتخلص من واجباته بتركه حقه فى الملك المشاع الى باقى شركائه ، أى أنه يمكن هنا تطبيق نص المادة ٦٥٦ فرنسى الخاصة بالاشتراك فى الحائط mitoyenneté بطريق القياس (١) .

الملكية المشتركة

Copropriété en main commune : gesammte hand.

٢٨٤ — أورد بعض الشراح ، الفرنسيين والألمان ، الملكية المشتركة ، للتعبير بها بدلا من الشخصية المعنوية ، اذ أنهم يقررون أنه لا حاجة لافتراض شخص وهمى يكون مالكا للأموال المشتركة ، ويكون له ما للأفراد من الحقوق والواجبات ، وأن الواقع أن الأموال لا تكون مملوكة لشخص وهمى ، وانما تكون مملوكة فى مجموعها للفيف من الناس .

والفرق بين الملكية المشتركة والملكية الفردية والملكية على الشيوع هو أن المالك فى الملكية الفردية يملك الشىء منفردا ويكون المال خاصا به ، أما فى الملكية على الشيوع فيملك كل الشركاء فى الملك المال المشترك ، ويكون لكل منهم حق على الشيوع فى كل جزء من أجزاء هذا الملك ، مثل النصف أو الثلث

---

(١) كولان وكابيتان ٧٥٥ — بلانيول وريبير وبيكار ٢٩٧ . راجع ما سيجىء فى باب حقوق الارتفاق .

واذا كان العقار المملوك على الشيوع مخصصا لخدمة جملة عقارات مملوكة لعدة ملاك ، وتنازل أحد هؤلاء الملاك عن عقاره لغيره ، فانه يتنازل فى الوقت نفسه عن حصته فى الشىء المشاع .

أو الربع ، وأما فى الملكية المشتركة فالأموال تكون مملوكة لجميع الشركاء فى الملك مجتمعين ، ولكن لا يملك الشىء واحد منهم كما فى الملكية الفردية ، ولا جزءا معينا غير مفروز كما فى الملكية على الشيوع ، فلا يجوز للشركاء فى الملك هنا أن يتصرفوا فى الأموال المشتركة ما دامت اليد المشتركة main commune موجودة ، وحتى تحصل تصفيتها .

الملكية الأدبية والفنية والصناعية

Propriété littéraire, artistique et industrielle.

٢٨٥ — الملكية الأدبية والفنيـة والصناعية ، أو ملكية المؤلفات والمصنوعات ، عبارة عن ملكية الأفكار التى يأتى بها المؤلف فى مؤلفه ، أو ملكية الصنعة التى يأتى بها الصانع فى الشىء المصنوع . فلا يجوز لغير المؤلف أو الصانع أن ينشر ما له من المؤلفات أو المصنوعات الا برضائه أو الاتفاق معه .

وقد نصت المادة ١٢ من المجموعة الأهلية على أنه :

« يكون الحكم فيما يتعلق بحقوق المؤلف فى ملكية مؤلفاته وحقوق الصانع فى ملكية مصنوعاته على حسب القانون المخصوص بذلك » .

«La propriété littéraire et artistique est réglée par une loi spéciale».

وهذا القانون لما يصدر بعد [١] .

وليس لهذه المادة مقابل فى المجموعة المختلطة .

ومما يلاحظ على المادة ١٢ أنها لم تذكر الملكية الصناعية propriété industrielle ، ولكن جاءت فى قانون العقوبات مواد أشارت الى هذه الملكية (راجع المادة ٣١٦ع) .

٢٨٦ — **طبيعة الملكية الأدبية والفنية والصناعية** — هـذه الحقوق ليست مؤبدة ، بل هى محـدودة بمدة . ويمكن التنازل عنها للغير ، اما كلها أو بعضها . وهى حقوق عينية . وموضوعها ليس أشياء مادية .

---

(١) راجع نبذة ٢٨٩ .

حماية المؤلفات

٢٨٧ — في القوانين الأوروبية — لم يكن في مبدأ الأمر للمؤلفين حقوق في ملكية مؤلفاتهم ، بل كان يسوغ لكل انعان أن ينشر كتب غيره ويتجر فيها ، ترويجا للعلوم والمعارف ، وان كان من نتائج هذه الاباحة تقاعد المؤلفين .

وصدرت في فرنسا ، ابتداء من أواخر القرن الثامن عشر جملة قوانين جعلت حق الملكية في المؤلفات للمؤلفين ما داموا على قيد الحياة ، وخولت ورثتهم هذا الحق بعد وفاة مورثهم لمدة معينة . وكانت هذه المدة في المبدأ خمس سنين (قانون ٣ يناير سنة ١٧٩١) ، ثم زيدت الى عشر سنين (قانون ١٩ يوليه سنة ١٧٩٣) ، ثم الى عشرين سنة (قانون ٥ فبراير سنة ١٨١٠) ، ثم الى ثلاثين سنة (قانون ٨ أبريل سنة ١٨٥٤) ، ثم الى خمسين سنة بمقتضى القانون الصادر في ١٤ يوليه سنة ١٨٦٦ ، وهو المعمول به حتى اليوم .

واذا كان للمؤلف شركاء يكون مبدأ الخمسين سنة من يوم وفاة آخر شريك .

واذا كان الكتاب للدولة فان حقها يكون مؤبدا .

والمدة في القانون البلجيكي ٥٠ سنة كذلك .

والقانون الانجليزي يجعل للمؤلفين الحق في ملكية مؤلفاتهم مدة حياتهم ، ولورثتهم من بعدهم مدة سبع سنين أخرى . وهناك حد أدنى (أقل مدة) هو ٤٢ سنة من تاريخ النشر .

٢٨٨ — والأحكام المتقدمة خاصة باعادة طبع المؤلفات بعد طبعها لأول مرة . أما اذا كان المؤلف لم يطبع بعد فانه يكون لصاحبه فيه حق الملكية بكل معانيه ، فلا يجوز لغيره الاعتداء عليه ، والا عد عمله اعتداء على ملك الغير .

وبعد مضى المدة المعينة يصبح المؤلف من الأملاك العامة domaine public ، ويكون لمن يشاء أن يقوم بطبعه ونشره بعد ذلك ، فيصبح نوعا من الأموال

المشتركة res communis .

٢٨٩ — **فى القانون المصرى** — قلنا ان المادة ١٢ من المجموعة المدنية الأهلية أشارت الى صدور قانون خاص بحقوق المؤلف فى ملكية مؤلفاته ، ولكن هذا القانون لما يصدر بعد . غير أن عدم سن هذا القانون لا ينفى اعتراف الشارع بحقوق المؤلفين فى ملكية مؤلفاتهم . وقد أشار قانون العقوبات أيضا ، فى المادة ٣٠٣ وما بعدها ، الى التشريع الخاص بهذه الحقوق . وقضت المحاكم بأنه وان لم يوجد التشريع الخاص الذى تشير اليه المادة ١٢ مدنى فان حق المؤلف فى مؤلفه هو حق ملكية حقيقى ، وهو محمى بمقتضى القواعد القانونيــة العامة ، بنــاء على المادة ٢٩ من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية ، والمــادتين ١١ من المجموعة المدنية المختلطة ، و ٣٤ فقرة ٢ من لائحة ترتيب المحاكم المختلطة ، التى تقضى بأنه اذا لم يوجد فى القانون نص صريح أو كان النص غير كاف أو فيه ابهام يتبع القاضى ما تقضى به مبادىء القانون الطبيعى وقواعد العــدالة principes du droit naturel et règles de l'équité . فلا يجوز نشر الــكتب والمؤلفات من غير رضاء مؤلفيها .

والضرر الذى ينتج من التعدى على حقوق المؤلف يترتب عليه التعويضات .

على أن عدم وجود قانون خاص بحقوق المؤلفين يعتبر نقصا فى التشريع المصرى لا يتفق والتطور الحديث . ولقــد وضعت وزارة الحقانية مشروعا لقانون خاص بحقوق المؤلفين مطابق لمشروع القانون الأنموذجى loi-type الذى أعدته الجمعية الأدبية والفنية الدولية توحيدا لتشريع حقوق المؤلفين ، وعرض هــذا المشروع على مؤتمر المــلكية الأدبية والفنية الذى انعقد بالقاهرة فى ديسمبر سنة ١٩٢٩ ، فحاز استحسانه فى أكثر نواحيه[١] . لكن هذا القانون لما يظهر حتى الآن.

---

(١) : راجع J. Feldman: Compte-rendu des travaux du congrès de l'Association Littéraire et artistique Internationale, l'Egypte Contemporaine, t. XXI (1930), p. 150 et s.

وانظر كذلك رغبات وقرارات المؤتمر المنشورة بمجلة مصر العصرية L'Egypte contemporaine ، السنة المذكورة ، ص ١٧٩ وما بعدها .

٢٩٠ — مدة حماية المؤلف — تكلمنا فى مدة حماية المؤلف فى القوانين الأورو بية . أما فى مصر فاذا كان المؤلف خاصا بأجنبى فانه يجب حمايته المدة التى يكون محميا فيها فى البلد التابع له هذا الأجنبى . أما اذا كان المؤلف خاصا بمصرى ، فبما أن ملكية المؤلف ليست ملكية عادية ، وهى تنتقل فى القوانين الأورو بية الى الورثة بناء على نصوص قانونية صريحة ، ولمدة تعينها هذه النصوص ، و بما أنه لا يوجد قانون خاص بها فى مصر ، فلا يمكن التحكم بتحديد مدة معينة بعد وفاة المورث ، وفى الوقت نفسه ليس من العدل أن يحرم الورثة من حقهم فيها ، والقاضى يحكم بما تقتضيه قواعد العدالة .

والظاهر أن الموضوع لما يطرح أمام المحاكم[1] .

٢٩١ — طبيعة حق المؤلف — جرى البحث هل للمؤلف حق ملكية حقيق ؟ فرأى بعض الشراح والمحاكم أن حق المؤلف ليس حق ملكية بمعناه القانونى ، لفقده ركنا مهما من أركانه ، وهو الدوام perpétuité ، ومن رأيهم أن ما للمؤلف ما هو الا امتياز منحه القانون اياه ، مقابل ما قام به لمصلحة الجمهور ، وقد قضت بذلك محكمة النقض الفرنسية فى بعض أحكامها .

ونرى ، مع الفريق الآخر من الشراح والأحكام ، أن حق المؤلف ، وان كان خاضعا لبعض القيود ، فان ذلك لا يمنع اعتباره حق ملكية حقيق (راجع المادة ١٢) . وللمؤلف أن يتنازل عنه بمقابل أو بغير مقابل ، كما يتنازل عن ملكه .

---

(١) وقد قضى بأن كل مؤلف محمى فى بلده الأصلى pays d'origine بالنسبة لطبعه وبيعه وتمثيله ، له نفس الحماية فى مصر بالشروط الآتية : (١) أن يثبت من يريد تقرير حقه أن المؤلف الذى يطالب بحمايته مملوك له وحده . (٢) ألا تكون حماية المؤلف الا بقدر الحماية التى يمنحها المؤلف فى بلده الأصلى . (٣) أن يكون المالك قد حمى حقوقه فى مصر بطرق الشهر publicité المعروفة فيها ، أو بشهر كاف يحدد فى كل حالة بحسب الظروف ، لأنه من حيث ان قواعد العدالة والقانون الطبيعى هى التى يمكن الاستناد عليها فى هـذا الموضوع ، فان العدالة تقضى بأن من ينسب اليه أنه أساء الى حقوق المؤلف أن يخبر أولا بوجود هـذه الحقوق . (الاسكندرية الجزئية المختلطة ٢٣ فبراير ١٩١٨ جازيت ٨ ص ٢٣٤ رقم ٢٦٤ — استئناف مختلط ٨ مايو ١٨٨٩ (١ ص ١١٠) .

ويجوز للدائنين أن يحجزوا هـذا الحق ، مع حفظ الحق للمؤلف فى ادخال التعديلات والتنقيحات التى يريدها ، بشرط ألا يكون ذلك بنية سيئة . ويجوز رهن حق المؤلف ، أو جعله شركة مع آخرين الخ .

وللمؤلف ، فضلا عن حق الملكية المعنوية الذى له ، حق أدبى droit moral خارج عن الذمة المالية extrapatrimonial ، وهو حق الاحتفاظ بأفكاره ، وهذا الحق الأدبى غير قابل للانتقال لغيره ، ولا يمكن حجزه ، فهو مرتبط بشخصية المتمتع به .

٢٩٢ — المؤلفات التى يحميها القانون[١] — يحمى القانون المحررات écrits بأنواعها ، سواء أكانت مخطوطات أم مطبوعات . ولكن يجب ألا تشمل الا المنشآت أو الأعمال التى يكون لصاحبها مجهود شخصى فيها ، بصرف النظر عن قيمتها الأدبية ، أو أهميتها المادية ، وسواء أكان العمل كله من مبتكرات المؤلف ، أم منتخبا من عناصر مختلفة جمعها ورتبها بشكل خاص .

وحماية حق المؤلف تنصب على شكل المصنف ، لا على فكرة المؤلف . فالانشاء والترتيب والاسم وغير ذلك من أوضاع المؤلف ملك خاص له يحميه القانون . أما النظريات والمبادىء والمذاهب والآراء المشروحة للمؤلف فهى ملك للكافة ، يتناولونها ويتداولونها بالنقد أو النقل كما يشاءون بمجرد طبعها ونشرها ، فيحق لكل فرد أن يستشهد ببعض فقرات من كتاب ، ليؤيد رأيا له ، بشرط ألا يدعى أنه صاحب الرأى الذى نقله عن المؤلف الذى سبقه ، وبشرط أن يذكر اسم صاحب الرأى .

ويصح أن يكون العمل الأدبى الذى يحميه القانون غير مكتوب ، كأن يكون عبارة عن خطابة أو محاضرة لأحد الأساتذة[٢] .

---

(١) راجع كتابنا « الملكية والحقوق العينية » الجزء الأول نبذة ٣٣٩ وما بعدها .

(٢) وقد حكم فى فرنسا بأن نقل الدروس التى يلقيها الأساتذة على الطلبة وطبعها ونشرها بدون اذن أفعال يعاقب عليها ، مهما تنوعت الطريقة التى اتبعها الجانى (السين ١٦ مايو ١٩٢٥ المحاماة ٦ رقم ٤٢٣ ص ٦٧٤) .

ولا يهم ان كان المؤلف مخصصا لأن يباع، أو لأن يوزع بالمجان، مع بعض البضائع أو المواد الصناعية، كالقوائم أو « الكتالوجات » المصورة التى يصدرها التاجر بوصف البضائع المعروضة للبيع و بيان أثمانها .

ولا تهم اللغة التى يصدر بها المؤلف .

ولا يفقد المؤلف حقوقه اذا لم يبد أنه محتفظ بحقوقه، وان النقل غير مباح .

٢٩٣ — الأحكام القضائية — ليست الأحكام القضائية ملكا للقضاة أو لأصحاب الدعاوى التى صدرت فيها، فيجوز لكل انسان نشرها، الا اذا منع القانون ذلك .

٢٩٤ — القوانين واللوائح — بما أنه يجب أن تكون القوانين واللوائح معلومة للجميع، فيجوز للأفراد القيام بطبعها ونشرها، اما فى مجموعات أو منفردة، ولكن الطبعات الرسمية لا تصدر الا من الحكومة . وللحكومة أن تحجز وتمنع تداول الطبعات الخاصة التى تحوى أغلاطا جسيمة يترتب عليها انخداع الجمهور بالنسبة لحالة التشريع الحقيقية .

٢٩٥ — حق الترجمة — حق الترجمة من الحقوق التى تحميها الشرائع المختلفة . وهو محمى أيضا فى مصر(١) .

٢٩٦ — شهر الملكية الأدبية والفنية — يجب أن يكون الغير عالما بحق المؤلف حتى يمكن الرجوع عليه .

وقد حكم بأنه اذا لم يسجل المؤلف أو الصانع أو من انتقلت اليه حقوق المؤلف أو حقوق الصانع حقوقهم، لتكون حجة على الغير، واشترى شخص الحق ممن كان ظاهرا للجمهور أنه صاحب الحق، فلا مسئولية على المشترى فى شىء(٢) .

---

(١) راجع مصر الابتدائية ٢ يونيه ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٦٠١ ص ١١١٠ — استئناف مختلط ٢٦ مايو سنة ١٩١٠ (٢٢ ص ٣٣٨) ، ٣ يناير سنة ١٩١٧ (٢٩ ص ١٣٢) ، ٣ فبراير سنة ١٩٣٢ (٤٤ ص ١٥٧) ، وتعليق الدكتور زكى عبد المتعال ، مجلة القانون والاقتصاد ، السنة الثانية ص ٤٥١ — ٤٥٣ .

(٢) استئناف مصر ٣١ مايو ١٩٢٤ المحاماة ٤ رقم ٦٢٨ ص ٨٣٣ .

شهادات الاختراع

Brevets d'invention ou patentes

٢٩٧ — يحمى القانون الفرنسى ملكية المخترعين لما يخترعونه مدة ١٥ سنة . ومع ذلك لا يكون للمخترعين هذا الامتياز الا اذا استخرجوا شهادة بالاختراع ، بناء على اقرار منهم للسلطة المختصة . وتكون مدة هذه الشهادة خمس سنين أو عشرا أو خمس عشرة سنة كطلبهم . ويجب عليهم أن يقوموا بدفع مائة فرنك سنويا مقدما ، والا سقط حقهم . وتوجد أسباب أخرى مبينة فى القانون يسقط بها حقهم أيضا . ويترتب على سقوطه أن يصبح الاختراع من الأملاك العامة [١] .

والسبب فى كون الشارع لا يقدم للمخترعين نفس الحماية التى يقدمها لأصحاب المؤلفات هو أن عمل المخترع الشخصى فى اختراعه أقل من عمل المؤلف ، اذ أن المخترعين يكونون مدينين للوسط ولأعمال السلف أكثر من المؤلفين .

والقانون الانجليزى يمنح المخترع الامتياز لمدة أربع عشرة سنة .

وفى مصر لا يوجد ، كما تقدم ، قانون خاص بحقوق المخترعين .

وقد قضت المحاكم المصرية بأن للمخترعين حق ملكية مقصورا عليهم فى مخترعاتهم التى حصلوا على شهادة بها فى الخارج ، بشرط أن تكون الرسوم والبيانات devis et spécifications الخاصة بهذه الاختراعات قد أودعت فى قلم الكتاب فى الوقت اللائم [٢] . والايداع فى قلم الكتاب يترتب عليه اثبات حقوق المخترع فى اختراعه ، واعطاء اختراعه تاريخا ثابتا ، ومنعه من السقوط فى الملك العام [٣] .

---

(١) قانون ٧ يوليه ١٨٤٤ و ٣١ مايو ١٨٥٦ و ٧ يوليه ١٩٠٢ .

(٢) استئناف مختلط ١٩ مايو ١٩٢٦ (٣٨ ص ٤٢٤) ، ٦ ابريل ١٩٢٧ (٢٩ ص ٣٦٦) .

(٣) استئناف مختلط ٢٤ نوفمبر ١٨٩٧ (١٠ ص ٢٢) ، ٣ مارس ١٩٠٩ (٢١ ص ٢٣٦) .

وقضت بأنه ليس للمخترع فى مصر أن يتمتع بضمانات أكثر مما يتمتع بها فى أوروبا ، أو أن يكون محميا الى الأبد ، فى حين أنه فى كل البلاد لا تكون حمايته الا لعدد من السنين [١] . وبأن ايداع شهادة الاختراع بقلم الكتاب لا يترتب عليه انشاء ملكية مؤبدة لمودع الشهادة ، اذ العدل يتطلب ألا تزيد المدة التى يكون فيها حق المالك محميا فى مصر على المدة التى للمالك فى البلد الذى حصل فيه على الشهادة [٢] .

نيشانات أو علامات التجارة

Marques de fabrique

٢٩٨ — نيشان التجارة عبارة عن صورة أو جملة أو كلمة أو اسم أو رسم أو أية علامة يضعها الصانع على بضائعه لتمييزها عما يماثلها من بضائع غيره . فاذا سجلت هذه العلامات بمقتضى القانون فان القانون يحمى صاحبها من استعمال غيره لها بدون حق ، أو من تقليدها بعلامات تماثلها أو تكون قريبة منها فى الشكل بحيث يسهل أن ينخدع بها الناس .

وقد أصدرت المحاكم المختلطة والأهليه جملة أحكام [٣] قررت فيها المبادىء الآتية ، بناء على ما لها من الحق فى الاعتماد على قواعد العدالة ومبادىء القانون الطبيعى ، عند عدم وجود نص قانونى ، وتتلخص فيما يلى :

(١) ان الملكية الصناعية محمية فى مصر بمقتضى قواعد العدالة . وقداستندت المحاكم فى تقرير هذا المبدأ على المادة ١١ مدنى مختلط ، والمادة ٣٤ من لائحة ترتيب المحاكم المختلطة ، والمادة ٢٩ من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية ، التى تقضى بأنه اذا لم يوجد فى القانون نص صريح أو كان النص غير كاف أو فيه ابهام يتبع

---

(١) استئناف مختلط ٣ مارس ١٩٠٩ (٢١ ص ٢٣٦) ، ٢٣ ابريل ١٩١٩ (٣١ ص ٢٦٤) .

(٢) استئناف مختلط ٢٣ ابريل ١٩١٩ (٣١ ص ٢٦٤) .

(٣) راجع بسطوروس على المادة ٢٧ رقم ٢٩٤ — ٤٧٧ .

القاضى ما تقضى به مبادىء القانون الطبيعى وقواعد العدالة .

(٢) ان العلامات أو الرسوم أو الأسماء التى تعنون بها المحال التجارية أو الصناعية يمكن أن تكون موضوع ملكية مشروعة ، فللصانع أو صاحب المعمل الذى يختار اسما يعنون به محله ، أو يضع علامة معينة على بضاعته ليميزها عن غيرها ، يعتبر مالكا لهذا الاسم أو لهذه العلامة دون غيره .

(٣) بناء على المادة ٢١٢/١٥١ مدنى الشخص الذى يزاحم صاحب الاسم أو العلامة ويغش الجمهور يلزم بتعويض الضرر الذى ينال صاحب الاسم الأصلى أو العلامة الأصلية .

(٤) ان العلامة الصناعية أو التجارية لا تعطى صاحبها حق ملكية خاصة تمكن حمايته الا اذا كان مضافا الى الرسم ، كجزء رئيسى منه ، بعض خصائص تميزه عن غيره ، ولا يمكن المحاكم فى حالة عدم وجود هذا الجزء أن تحمى صاحب الرسم الا اذا أثبت توافر العناصر اللازمة لتكوين المنافسة غير المشروعة الضارة به .

(٥) لا يشترط أن تكون العلامة المقلدة صورة حقيقية للعلامة الأصلية ، بل يكفى أن يوجد تشابه كاف بين العلامة الحقيقية والعلامة المقلدة بدرجة يخدع بها المشترى فيظنها للصانع صاحب العلامة الحقيقية . والمسئلة موكولة لنظر القضاء يتعرف فيها بحسب ظروف ووقائع الحادثة ، اذا كان يتبين فيها وجود ابهام والتباس فى الأسماء أو فى العلامات أو لا .

(٦) يجوز تسجيل العلامات التجارية فى سجلات المحاكم المختلطة ، ويترتب على هذا التسجيل اعلان هذا الحق ، ويعتبر كقرينة على استعمال العلامة ، ولكن لا يكون ضرورة دليلا على سوء نية المعتدى على هذا الحق ، ولا يترتب عليه وحده انشاء حق ملكية لمن أجرى التسجيل . على أن هذا التسجيل ليس اجباريا .

(٧) انه وان كان المقلد فى القوانين الأوروبية يعاقب بعقوبات جنائية ، ولا يمكنه أن يدفع بجهله القانون ، أو أنه حسن النية ، فان فى مصر بالنسبة

لكون الاجراءات المخالفة لذلك مدنية ، فانه لا يكون لدعوى طلب التعويض محل ، الا اذا كان المقلد سيء النية . والمحاكم تبحث عن حسن النية أو عدمه . غير أن المحاكم قد قضت بأنه اذا ضبطت فى حيازة المدعى عليه بضائع عليها علامة مزورة فان عليه أن يثبت حسن نيته . وليس على المدعى أن يقدم أى اثبات آخر على سوء نية المدعى عليه .

(٨) يترتب على التقليد ما يأتى :

(ا) الحكم بالتعويضات على مقتضى الضرر الذى حصل .

(ب) الزام المقلد بنشر الحكم على مصاريفه .

(ج) الترخيص للمدعى بنشر الحكم على مصاريفه .

(د) اتلاف العلامات المزورة .

وحجز العلامات المقلدة هو السبيل لاثبات التقليد . وهو نتيجة للمبادىء التى قررتها المحاكم لحماية الملكية من المقلدين .

ملكية الرسائل

Propriété des lettres missives

٢٩٩ — تتناول الرسائل كل المحررات التى يرسلها شخص لآخر ، كالخطابات وتذاكر البريد والرسائل البرقية وما شابه ذلك . ولكن لا تدخل فيها الرسائل المسماة بالخطابات المفتوحة lettres ouvertes ، ولا الرسائل التليفونية .

وتعتبر الرسائل مالا منقولا قابلا للتملك . وكانت بعض المحاكم فى فرنسا قضت بأن المرسل expéditeur والمرسل اليه destinataire يعتبران معا مالكين لها . ولكن الرأى السائد الآن هو أن الأصل أن الرسائل تعتبر ملكا للمرسل اليه .

ويرى بعض الشراح اعتبار الرسائل ، من حيث كونها أشياء مادية ، مملوكة للمرسل اليه . أما نفس الأفكار وما هو مذكور فيها فملك للمرسل .

والصحيح أن الرسائل موضوع حقوق متعددة ، فهناك حق الملكية الذى

يخول المرسل اليه استعمال الرسالة كما يريد ، والحق فى سرية الرسالة droit au secret ، والحق فى الملكية الأدبية بالنسبة لمحتويات الرسالة ، والحق فى التمسك بالرسالة كاثبات فى دعوى مقامة droit à la preuve .

٣٠٠ — **حق ملكية المرسل اليه** — ما دامت الرسالة لا تزال فى طريقها ، ولم تسلم بعد للمرسل اليه فانها تكون ملكا للمرسل . فهو اذن الذى يتحمل الخسارة اذا كانت الرسالة تحوى أوراقا ذات قيمة . أما اذا وصلت الرسالة الى المرسل اليه فانه يصير مالكا لها . وأساس حق المرسل اليه هو الحيازة . فمن حاز الرسالة بحسن نية كان مالكا لها . واذا صعب تعيين المرسل اليه كان للمحاكم حق الفصل .

٣٠١ — ويجوز للمرسل اليه ، اذا لم تكن الرسالة سرية ، أن ينتفع بها بكل أوجه الانتفاع ، أى أن يستعملها الاستعمال الذى تكون قابلة له ، فله أن يحتفظ بها ، أو أن يتصرف فيها بالنشر ، أو باطلاع غيره عليها ، أو بتسليمها الى غيره والاذن له فى استعمالها كما يشاء ، أو بتقديمها كمستند فى قضية ، أو باعدامها . وله أن يرفض ردها الى المرسل .

على أنه يجوز أن يقيد المرسل حق المرسل اليه ، لأنه هو الذى أرسل الرسالة ، وكان فى امكانه ألا يبعث بها ، فيجوز له أن يضع الشروط التى يريدها ، كاحترام المرسل اليه سرية الرسالة التى تعتبر سرية confidentielle ، فلا يجوز له أن يذيعها من غير رضاء المرسل . وقد يطلب المرسل أن تعاد اليه الرسالة أو تعدم ، فيجب على المرسل اليه أن يحترم ذلك ، الا اذا كانت الرسالة تحوى بيانات معدة لأن تكون اثباتا ضد المرسل فى مصلحة المرسل اليه ، ففى هذه الحالة لا يمكن اعتبار المرسل اليه أنه قبل شروط المرسل ، ويكون له الحق فى أن يحفظها .

٣٠٢ — **حق الملكية الادبية فى الرسالة** — لمنشىء الرسالة حق الملكية الأدبية ، سواء أكانت الرسالة سرية أم غير سرية ، وينتقل عنه هذا الحق من بعده الى ورثته ، وله أن يتنازل عنه صراحة أو دلالة للمرسل اليه .

ومن الوجهة القانونية لا يعوق حق الملكية الذى للمرسل اليه استعمال حق المؤلف ، أى حق منشىء الرسالة . أما من الوجهة العملية فقد يعوق استعماله ، اذ لا يجبر المرسل اليه على تسليم الرسائل الى محررها . ولكن امتناع المرسل اليه عن تسليم الرسائل لا يكون عائقا فى كل الأحوال ، فقد يحتفظ المرسل بصورة من رسائله ، أو قد يحصل عليها بطرق مشروعة .

على أن حق المؤلف ، سواء استعمله منشىء الرسالة ، أم تنازل عنه للمرسل اليه ، يكون مقيدا ، كحق الملكية الذى للمرسل اليه ، بالقواعد الخاصة بسرية الرسائل .

٣٠٣ — الرسائل السرية — يجب على المرسل اليه أن يحترم سرية الرسائل التى لها هذه الصفة . وقد فسر هذا القيد بوجود اتفاق ضمنى بين المرسل والمرسل اليه ، فالمرسل اليه على الخصوص يعتبر أنه تعهد دلالة بالاحتفاظ بالسر . ولكن هذا التفسير يخالف الواقع ، وينسب الى المرسل اليه قصدا قد لا يكون له ، ولذلك يحسن البحث عن مبنى هذا الالتزام فى التخصيص الذى لملكية الرسائل ، فبمقتضى تعريفها الرسالة السرية هى التى لا تعد لأن تذاع ، وبافشاء ما تحويه يحول المرسل اليه الغرض الذى أعدت له ، فهو يسىء استعماله ، الا اذا كان الدافع للافشاء مصلحة جدية مشروعة ، كالضرورة التى تلجئه للافشاء عند طلبه الطلاق ، أو لاثبات صورية سند la simulation d'un acte . فمسئولية من يذيع السر مبنية على نظرية سوء استعمال حق الملكية .

والقاضى يبحث فى كل حالة عما اذا كانت الرسالة سرية أم لا .

ولا عبرة بالوصف الذى يصف به كاتب الرسالة رسالته ، اذ يجوز أن يصفها بأنها سرية ، ولا تكون كذلك . والعمدة فى ذلك الى العلاقات التى بين المرسل والمرسل اليه ، وعلى ألفاظ الرسالة ، وعلى موضوعها ، وعلى نية كاتبها ، وعلى الغرض الذى توخاه من كتابتها ، وعلى صفة الشخص المرسلة اليه .

ولا يجوز للمرسل اليه أن يقدم المراسلات السرية الى المحاكم الا برضاء

مرسليها صراحة أو دلالة . واذا قدمها شخص غير المرسل اليه فيجب عليه أن يحصل أولا على اذن كاتب الرسالة واذن المرسلة اليه .

واذا أذاع المرسل اليه خطابا سريا فانه يكون مسئولا عن التعويضات لمرسل الرسالة ، كما اذا نشر محتويات الرسالة فى « كتالوج » بغير اذن كاتبها .

ولـكن ليس للمحكمة أن تأمر باعدام الرسالة لتمنع العودة لمثل ذلك ، كما أنه ليس لها أن تأمر برد الرسالة ، لأن المرسل اليه يبقى رغم الاذاعة مالكا للمحرر .

والحق بالتمسك بسرية الرسائل يكون لمرسل الرسـالة ، وللمرسل اليه فى الحالة التى توجد فيها الرسالة فى يد شخص ثالث ، ولـكل شخص تضر به اذاعة الرسالة .

ويجوز أن تفقد الرسالة السرية صفتها هذه اذا قدمت مثلا فى دعوى أمام المحـكمة وأذيع ما فيها .

٣٠٤ — حق التمسك بالرسالة كاثبات فى دعوى — يعتـبر بعض الشراح الحق فى تقديم الرسالة كاثبات فى دعوى مقامة أمام القضاء من توابع حق ملـكية الرسالة ذاتها ، ولذا يكون هذا الحق للمرسل اليه وحده . ولـكن هذا الرأى قد نبذ اليوم . والرأى الحديث هو أن هذا الحق مستقل عن حق الملـكية ، فيثبت لـكل من يجد فى الرسالة مستندا قانونيا لدعواه .

فحق الارتـكان على الرسالة كاثبات يكون :

(١) للمرسل اليه نفسه ، الذى له أن يقدم الرسالة التى بعث بها اليه ، متى كانت له مصلحة شرعية فى ذلك . غير أنه يمكن أن يحتج عليه بعدم اذاعة الرسالة من يكون له الحق فى التمسك بالسرية .

(٢) لحائزى الرسائل tiers détenteurs ، اذا حازوها من المرسل اليه بطريقة مشروعة ، فانه يكون لهم نفس الحقوق التى للمرسل اليه . أما اذا كانت حيازتهم للرسالة بوسائل غير مشروعة فلا يكون لهم هذا الحق .

(٣) للمرسل الذى يكون له أن يكمل الاثبات الذى يرتكن عليه فى

رسائل خصمه بواسطة مكاتباته هو اليه .

(٤) لمن لهم حق الولاية أو الوصاية على المرسل أو المرسل اليه .

٣٠٥ — **انتقال ملكية الرسائل الى الورثة** — اذا توفى المرسل اليه انتقلت ملكية الرسائل الى ورثته ، سواء أكانت سرية أم لا ، الا اذا اشترط المرسل ردها أو اعدامها بعد وفاة المرسل اليه ، وأمكن اعتبار المرسل اليه قد قبل هذا الشرط . على أنه من رأى بعض المحاكم أنه يجب رد الخطابات السرية الى من صدرت منهم بعد وفاة المرسل اليه ، و بأن ورثته ليس لهم أى حق فيها .

الباب الثالث

فى حق الانتفاع

L'usufruit

٣٠٦ — *تعريفه* — عرف القانون الفرنسى حق الانتفاع فى المادة ٥٧٨ من المجموعة المدنيـة بقوله : « حق الانتفاع هو الحق فى استغلال (le droit de jouir [1]) الأشياء المملوكة لآخر ، كما يستغلها المالك نفسه ، ولكن بشرط المحافظة على كيانها » .

وقد وجه الى تعريف القانون الفرنسى انتقادان :

(١) انه ناقص ، اذ لم ينص على أن حق المنتفع فى استغلال الشىء مقيد بمدة حياته ، وأنه حق عينى . وهاتان صفتان يتميز بهما حق الانتفاع ، ويفترق بهما عن الحكر emphytéose الذى لا يكون مقيدا بمدة الحياة ، وعن حق المستأجر أو الزارع ، الذى هو حق شخصى .

(٢) انه غامض ، لأن الجملتين الأخيرتين من التعريف تحتاجان للايضاح ، ولا يمكن فهمهما الا بعد بيان حقوق المنتفع وواجباته ، اذ للمالك الحق فى كل ثمار الشىء وحاصلاته ، بخلاف المنتفع ، كما أن للمالك أن ينتفع بالشىء كما يشاء ، بخلاف المنتفع الذى يجب عليه أن ينتفع انتفاع رب الأسرة المعنى بأمور نفسه .

ولذلك فضل بلانيول تعريف حق الانتفاع بأنه حق عينى يخول الانتفاع بشىء مملوك لآخر ، وينقضى حتما بموت المنتفع [2] .

---

(١) ولفظ jouir الوارد فى المادة يجب أن يشمل حق الاستعمال وحق الاستغلال ، لأن حق الانتفاع يشمل الاثنين . ولذا سمى باللاتينية ususfructus ، وبالفرنسية usufruit ، من كلمتى usus ، أى حق الاستعمال ، و fructus ، أى حق الاستغلال .

(٢) بلانيول ١ نبذة ٢٧٤٧ — بلانيول وريبير وبيكار ٧٥٧ .

وقد اقتصر القانون المصرى على ايراد القسم الأول من تعريف القانون الفرنسى ، وأضاف اليه أن للمنتفع الحق فى اسـتعمال الشىء ، اذ قرر فى المـادة ٢٩/١٣ أن :

« الانتفاع هو حق للمنتفع فى استعمال ملك غيره واستغلاله »[1].

« L'usufruit est le droit d'user et de jouir d'un bien dont la nue propriété appartient à un autre ».

ولم ينقل القانون المصرى عبارة « كما ينتفع بها المالك نفسه » الواردة فى تعريف القانون الفرنسى ، وقد أحسن فى ذلك ، لأن للمالك أن ينتفع بالشىء ، ولو غير هذا الانتفاع حقيقته ، أو ترتب عليه هلاكه ، خلافا للمنتفع فانه يجب عليه أن ينتفع بالشىء مع المحافظة على عينه لردها عند انقضاء المدة المعينة لاستعمال حقه ، ويجب عليه أن يستعمل الشىء الاستعمال الذى وضع له .

وحق الانتفاع كما تقدم متفرع من حق الملـكية ، اذ الملـكية كما عرفنا تتـكون من ثلاثة عناصر ، وهى حق الاستعمال ، وحق الاسـتغلال ، وحق التصرف ، فالمنتفع يكون له حق الاستعمال وحق الاستغلال ، و يبقى حق التصرف لمالك الرقبة .

مميزات حق الانتفاع

٣٠٧ — هذه هى أهم مميزات حق الانتفاع :

(ا) حق الانتفاع حق عينى réel (مدنى ١٩/٥) . وعلى ذلك يمكن الاحتجاج به على كل الناس . و بهذا يختلف عن الحق الذى للمستأجر أو الزارع .

ولا يقع حق الانتفاع الا على شىء مملوك لآخر ، فهو حق ارتفاق حقيقى ، ولذلك يطلق عليه أحيانا « حق الارتفاق الشخصى servitude personnelle » ، لتمييزه عن حق الارتفاق العينى servitude réelle ، الذى يرتب على عقار

---

(١) الترجمة الحرفية للنص الفرنسى : حق الانتفاع هو حق استعمال المال المملوكة رقبته لآخر واستغلاله .

لمصلحة عقار آخر مهما كان مالـكه ، لا لمصلحة شخص معين كما هو الحال فى حق الانتفاع .

(ب) بما أن حق الانتفاع هو حق عينى على الشىء المملوك لآخر فهو مستقل عن ملك الرقبة ، فلا يوجد شيوع بين المنتفع ومالك الرقبة ، لحقاهما وان كانا يقعان على نفس الشىء الا أنهما مختلفان ، والشيوع يستوجب وجود حقين طبيعتهما متحدة .

(جـ) يجوز أن يرتب حق الانتفاع لمصلحة أشخاص متعددين على الشيوع ، وتترتب عليه النتائج القانونية التى ينتجها الشيوع . ويجوز للمشتاعين طلب القسمة ، فيما يختص بالاستعمال والاستغلال ، أى بالحق الذى لهم .

(د) يصح أن يكون حق الانتفاع فى العقار وفى المنقول .

(هـ) حق الانتفاع فى الأصل حق لمدة الحياة droit viager ، فهو محدود بحياة المنتفع ، بمعنى أنه ينقضى حتما بوفاته ، ولذلك يقال أحيانا انه حق شخصى droit personnel ، ويقصد بهـذه العبارة أنه حق ينقضى بموت صاحبه ، ولا يقصد بها معنى « الحق الشخصى » الذى يقابل « الحق العينى » . وقد تقدم شرح ذلك[١] .

وقد ينص فى العقد الذى يرتب حق الانتفاع على أنه ينتهى فى وقت آخر قبل الوفاة . وهذا اذا كان حاصلا بين الأفراد كما سترى .

(و) يجوز التنازل عن حق الانتفاع للغير ، أو بيعه ، أو ايجاره ، الا اذا نص فى العقد على خلاف ذلك . غير أنه فى هذه الأحوال ينقضى حق الانتفاع بموت المنتفع ، لا بموت من حصل التنازل أو البيع له .

واذا كان حق الانتفاع عقاريا فانه يجوز رهنه رهنا تأمينيا .

(ز) يجوز أن يكون حق الانتفاع منجزا ، وفى هذه الحالة يبدأ حق المنتفع من وقت انشائه (الا اذا رتب بموجب وصية) . فاذا بقى مالك الرقبة ، لسبب

---

(١) راجع نبذة ١٤١ .

من الأسباب ، حائزا للشيء المرتب عليه حق الانتفاع وجب عليه أن يقدم حسابا للمنتفع عن الثمار التي يكون حصلها من وقت ابتداء حق المنتفع .

ويجوز أن يكون حق الانتفاع أجليا ، كأن يشترط ألا يبدأ الا من وقت معين .

ويجوز أن يكون مقترنا بشرط فاسخ ، أو بشرط واقف (راجع المادة ٥٨٠ فرنسي) .

طرق انشاء حق الانتفاع

Modes de constitution de l'usufruit

٣٠٨ — ينشأ حق الانتفاع في القانون الفرنسي باحدى طرق ثلاث : (١) نص القانون . (٢) ارادة الانسان . (٣) مضي المدة .

وفي القانون المصري يرتب حق الانتفاع بارادة الانسان ، سواء أكان بعقد أم بوصية ، ويجوز اكتسابه بمضي المدة . ولكنه لا ينشأ بمقتضى القانون كما في القانون الفرنسي .

٣٠٩ — (١) ***بنص القانون*** — توجد في القانون الفرنسي حقوق انتفاع يرتبها القانون ، كحق الانتفاع القانوني الذي تخوله المادة ٣٨٤ للأب والأم على أموال أولادهما القصر الذين لا تزيد سنهم على ثماني عشرة سنة ، وكالحق الذي يقرره القانون الفرنسي في بعض نظم الزواج للزوج أو للشركة الزوجية communauté على أموال الزوجة [١] .

٣١٠ — (٢) ***بارادة الانسان*** — يجوز ترتيب حق الانتفاع بارادة الانسان . ويحصل ذلك بأحد طريقين : اما مباشرة ، بنقل الانتفاع لآخر مع

---

(١) راجع مدني فرنسي المادة ٣٨٤ وما بعدها و ٧٥٤ والقوانين الصادرة بفرنسا في ١٤ يوليه ١٨٦٦ و ٩ مارس ١٨٩١ و ٢٩ ابريل ١٩٢٥ .

الاحتفاظ بملك الرقبة ، واما بطريق غير مباشر ، بنقل ملك الرقبة والاحتفاظ بحق الانتفاع .

ويجب ، بناء على المادة الأولى من القانون رقم ١٨/١٩ لسنة ١٩٢٣ ، المعدلة للمادة ٦١١/٧٣٧ ، تسجيل العقود التي من شأنها انشاء حق الانتفاع اذا كان متعلقا بعقار ، أو نقله ، أو تغييره ، أو زواله ، ويترتب على عدم التسجيل أن الحق المشار اليه لا ينشأ ، ولا ينقل ، ولا يتغير ، ولا يزول ، لا بين المتعاقدين ، ولا بالنسبة للغير .

أما اذا كان حق الانتفاع مقررا بموجب وصية فلا يشترط فيه التسجيل .

ويجوز التمسك بقاعدة « الحيازة فى المنقول سند الملكية » لمن حاز منقولا بصفة صاحب حق انتفاع ، وكان حسن النية ، أى كان يعتقد أن من نقل اليه الانتفاع مالك للمنقول ، اذ أن هذه القاعدة لا تنطبق فى حالة انتقال الملكية فحسب ، بل تنطبق أيضا فى حالة ترتيب الحقوق العينية الأخرى .

٣١١ — **بمقابل أو بغير مقابل** — ترتيب حق الانتفاع اما أن يكون بمقابل à titre onéreux ، أو من غير مقابل à titre gratuit . فاذا كان من غير مقابل وجب أن يحرر بعقد رسمى ، تطبيقا للمادة ٤٨/٧٠ ، والا كان باطلا ، اذ أن العقد يكون فى هذه الحالة عقد هبة .

٣١٢ — **منشىء حق الانتفاع** — يجب أن يكون منشىء حق الانتفاع : (١) مالكا . (٢) أهلا للتصرف .

٣١٣ — (٣) **مضى المدة** — يصح أن يكتسب حق الانتفاع بمضى المدة المكسب . ويجب وضع اليد بصفة منتفع ، مدة خمس سنين [١] ، أو خمس عشرة سنة [٢] ، بحسب الأحوال . وقال بعض الشراح ان التقادم الطويل (١٥

---

(١) فى فرنسا : ١٠ الى ٢٠ سنة .

(٢) فى فرنسا : ٣٠ سنة .

سنة فى القانون المصرى و٣٠ سـنة فى القانون الفرنسى) لا محل له فى باب حق الانتفاع ، لأنه اذا وضع شخص يده على مال لآخر المدة الطويلة ، وتوافرت شروط وضع اليد ، فانه يكتسب الملـكية التامة ، ولا يكون من السذاجة بحيث يقرر أنه لم يضع يده الا بصفة منتفع فحسب . ولـكن يمكن الرد على هـذا القول بأنه يصح أن يكون وضع اليـد بصفة منتفع فقط ، كما اذا كان للمنتفع سـند رتب بتقتضاه حق الانتفاع ، ولـكنه كان سيء النية ، أى كان يعلم أنه يتعامل مع غير المالك non dominus ، فالتقادم الذى يكتسب به الحق فى هذه الحالة هو التقادم الطويل ، لا القصير ، ويكتسب به واضع اليد حق الانتفاع فقط ، لا حق الملـكية الـكامل .

الأشياء التى يجوز أن يترتب عليها حق الانتفاع

٣١٤ — الأموال الثابتة والمنقولة — يجوز أن يرتب حق الانتفاع على المال الثابت والمال المنقول (المادة ٥٨١ فرنسى) .

ويكون حق الانتفاع ثابتا أو منقولا بحسب نوع الأموال التى يرتب عليها.

واذا كان ثابتا وجب تسجيله (المادة الأولى من القانون رقم ١٨/١٩ لسنة ١٩٢٣) كما تقدم ، وهذا سواء أكان بمقابل أم بغير مقابل .

٣١٥ — الأموال المادية وغير المادية — حق الانتفاع لا يرتب على الأموال المادية فحسب ، بل يرتب أيضا على الأموال غير المادية ، فيمكن أن يكون موضوعه حقوق المؤلفين أو محال التجارة fonds de commerce ، أو ديونا [١] ، أو أوراقا مالية valeurs ، أو ايرادات rentes ، وعلى وجه العموم كل شيء يصح أن ينتج من التمتع به منفعة .

ويصح أن يرتب حق الانتفاع على حق انتفاع آخر .

---

(١) واذا رتب حق الانتفـاع على دين فانه يكون للمنتفع الحق فى الحصول على فوائد هـذا الدين . وينقضى الحق بزوال الدين . ولـكن اذا دفع الدين قبل الميعاد المحدد للسداد فانه يكون للمنتفع الحق فى الانتفاع لغاية انتهاء الميعاد المحدد .

٣١٦ — الاشياء التي تستهلك بالاستعمال — شبه حق الانتفاع — توجد أموال لا يمكن ترتيب حق الانتفاع عليها ، اذ أن المنتفع ليس له الا أن يستعمل الشيء ثم يرده بعينه ، فليس له أن يستهلكه أو يتصرف فيه . وعلى ذلك لا يمكن أن يقرر على الأشياء التي تستهلك بمجرد الاستعمال ، مثل الأخشاب ، والزيوت ، والمأكولات ، والحبوب ، والنقود .

ولذلك كان الحكم في القانون الروماني أنه اذا أوصى شخص لآخر بحق الانتفاع بجميع أمواله فانه لم يكن له الا حق الانتفاع بالأشياء التي لا تستهلك بالاستعمال . ولكن القانون الروماني أوجد حقا آخر هو شبه حق الانتفاع Quasi-usufruit ، ويكون في الأموال التي لا ينتفع بها الا باستهلاكها ، ويجب رد شيء من نوع الأموال التي يرتب عليها هذا الحق أو قيمته .

والشريعة الاسلامية أجازت ذلك الحق أيضا . وهو جائز بمقتضى القانون المدني (المادة ٢٢/٤١/٥٨٧) . وسنتكلم فيه فيما بعد [١] .

أنواع حق الانتفاع

٣١٧ — حق الانتفاع نوعان : مؤبد perpétuel ، ومؤقت temporaire . وقد جاء في المادة ١٥/٣١ و ٣٢ :

« ويصح أن يكون مؤقتا أو مؤبدا ، انما لا يكون بين آحاد الناس الا مؤقتا » .

« Il peut être temporaire ou perpétuel, mais entre particuliers il ne peut être que temporaire ».

٣١٨ — حق الانتفاع المؤبد — حق الانتفاع المؤبد يكون بين

---

(١) ويلاحظ أنه توجد أشياء وان كانت لا تستهلك بالاستعمال ولكنها تتلف به ، كالثياب وأثاث المنزل ، فهذه الأشياء لا تنتقل ملكيتها الى المنتفع ، فتكون موضوع شبه حق انتفاع ، بل ان ملكيتها تبقى لمالك الرقبة ، وتكون محلا لحق الانتفاع ، وللمنتفع أن ينتفع بها ويردها بالحالة التي تكون عليها في نهاية حق الانتفاع (المادة ٥٨٩ فرنسي) .

الدولة والأفراد . والأصل فى هذا النوع هو أن الأطيان كانت تقسم الى أراض « عشورية » أو ملك ، وأراض « خراجية » كما تقدم [1] ، ولم يكن للأفراد فى الأراضى الخراجية الا حق الانتفاع ، أما حق الملكية نفسها فكان للدولة . وقد جاء فى المادة ٣٥ مختلط أنه « يجوز أن يكون حق الانتفاع مؤبدا متى قررته الحكومة على الأراضى الخراجية طبقا للوائح » . وفى المادة ٣٦ : « وفى هذه الحالة يجوز اسقاطه كله أو بعضه أو رهنه » . ولكن المجموعة الأهلية ، كما عرفنا ، لم تأت بنص هاتين المادتين [2] .

٣١٩ — حق الانتفاع المؤقت — حق الانتفاع يكون للمدة التى تحدد له . فاذا لم تحدد مدة انقضى حق الانتفاع بوفاة المنتفع . وقد نص على ذلك فى المادة ٦١٧/٣٣/١٦ التى جاء فيها :

« لا يعطى ذلك الحق الا لشخص أو أكثر موجود على قيد الحياة وقت الاعطاء ، وينتهى على كل حال بوفاته ان لم يكن له ميعاد محدد قبل الوفاة المذكورة » .

« Il ne peut être constitué qu'au profit d'une ou plusieurs personnes nées au moment de la constitution, et finit en tout cas à leur décès, si le terme fixé ne précède pas ce décès ».

ولا ينتقل حق الانتفاع الى الورثة .

المنتفع

L'usufruitier

٣٢٠ — حياة المنتفع — يجب أن يكون المنتفع موجودا . وقد نص على ذلك فى المادة ٣٣/١٦ التى جاء فيها كما تقدم : « لا يعطى ذلك الحق الا لشخص أو أكثر موجود على قيد الحياة nées وقت الاعطاء » .

---

(١) نبذة ٧٥ وما بعدها .

(٢) نبذة ٧٩ .

ويصح أن يكون حق الانتفاع لكثيرين ، كما هو ظاهر من نص المادة ، سواء بطريق الشيوع بينهم ، أم لكل منهم جزء معين .

٣٢١ — ترتيب حق الانتفاع لكثيرين على التعاقب — يجوز ترتيب حق الانتفاع لأشخاص كثيرين ينتفعون على التعاقب ، كل منهم بعد الآخر . ويشترط أن يكون كل من المنتفعين المتعاقبين موجودا وقت ترتيب الانتفاع ، اذا كان ترتيبه بعقد بين الأحياء ، أو وقت وفاة الموصى اذا كان ترتيبه بموجب وصية .

٣٢٢ — حالة الوقف — يجوز فى القانون المصرى أن يوصى بحق الانتفاع لشخص أو أكثر ، ولورثته على التعاقب ، بشرط أن يؤول بعد انقراض الموصى اليهم الى جهة بر لا تنقطع . فقد جاء فى المادة ٣٤/١٧ :

« انما يجوز أن يوصى لمحل خيرى تابع لديوان الأوقاف بملك العين ولشخص أو أكثر ولورثته على التعاقب بحق الانتفاع وحينئذ لا يكون للمحل الخيرى حق الملك التام الا بعد انقراض الموصى اليهم بحق الانتفاع » .

« Toutefois, il est permis de donner par testament la nue propriété à un établissement dépendant du ministère des wakfs, et l'usufruit à une ou plusieurs personnes et à leurs héritiers en ligne directe, auquel cas la pleine propriété revient à cet établissement seulement après le décès de tous les membres de la famille usufruitière ».

ويصح أن يكون المحل الخيرى الذى يوصى له بالملك غير ديوان الأوقاف ، كالجمعية الخيرية ، أو الجامعة المصرية ، أو المتفوقين من طلبة كلية الحقوق .

والحق الذى تنص عليه المادة ٣٤/١٧ هو الوقف . وقد جعلت المادة ملك الرقبة للجهة الخيرية ، وجعلت الملك التام يؤول لها فى النهاية . وهذا مخالف لأحكام الوقف . والظاهر أن واضعى القانون اضطروا لوضع النص بالصورة المتقدمة لأنهم لم يريدوا متابعة فقهاء المسلمين على ما قالوه من أن العين الموقوفة تكون على حكم ملك الواقف أو على حكم ملك الله ، بل كان هذا عندهم من قبيل الأمور التى وراء

الطبيعة (الميتافيزيتية) والتى لا يأخذون بها فى التشريع ، وهم مخطئون ، كما تقول محكمة النقض والابرام ، لأنهم ما داموا قد أقروا نظام الوقف فكان ينبغى لهم أن يأخذوا فيه بأقوال واضعية ، والا فان عبارتهم فى المادة تحلل للجهة الخيرية أن تبيع حق الرقبة وأن تبيع الملك التام عند ايلولته اليها بعد انقراض ذرية الموصى لهم ، وهذا مخالف لأصول الوقف [1] .

وقد جاء فى المادة ١٧ من مرشد الحيران : يجوز أن تجعل منافع الأعيان الموقوفة لنفس واقفها ، فينتفع بها ان اشترط ذلك لنفسه مدة حياته ، ومن بعده ينتقل الى الجهة التى اشترطها لها . ويصح أن تجعل تلك المنافع لشخص معين أو لعدة أشخاص معينين ، سواء كانوا من أولاد الواقف أو من أقاربه أو أجانب منه . ويجوز جعلها لشخص قبل وجوده ، بشرط أن يكون آخرها فى كل الأحوال جهة بر لا تنقطع .

ويعتبر حق الانتفاع فى الأعيان الموقوفة أنه عبارة عن حقوق انتفاع مؤقتة متعاقبة ، ينتهى كل منها بوفاة المنتفع .

ويلاحظ أنه فى القانون الفرنسى اذا قرر الانتفاع لشخص معين ، ثم لورثته من بعده ، كما فى الوقف ، فان ذلك يكون باطلا [2] .

٣٢٣ — الفرق بين الحالتين السابقتين : هذه هى الفروق بين حالة اعطاء حق الانتفاع لشخص أو أكثر موجود على قيد الحياة وقت الاعطاء (نبذة ٣٢١) ، وحالة اعطائه لشخص أو أكثر ولورثته على التعاقب (نبذة ٣٢٢) :

(١) حق الانتفاع فى الحالة الأولى قد يكون بمقابل ، كما يجوز أن يكون بلا مقابل ، خلافا للحالة الثانية فانه يكون فيها بلا عوض .

(٢) فى الحالة الأولى لا يعطى الا لشخص واحد أو أكثر موجود على

---

(١) واجع نقض ٢١ يونيه ١٩٣٤ ملحق مجلة القانون والاقتصاد (الأحكام المدنية) ٤ رقم ٦٨ .

(٢) پلانيول وربير وپيكار ٧٦٧ — بودرى لاكنتنرى وشوڤو ٤٤٤ .

قيد الحياة وقت الاعطاء ، وينتهى بوفاته ان لم يكن محددا له وقت قبل ذلك . أما فى الثانية فيجوز أن ينتقل الى ذرية المنتفع وذرية ذريته وهكذا .

(٣) يجوز للمنتفع فى الحالة الأولى أن يتصرف فى حق الانتفاع بجميع أوجه التصرفات ، بخلاف الثانية فان حق الانتفاع فيها لا يباع ولا يؤجر لمدة طويلة بحسب أحكام الشريعة الاسلامية الخاصة بالوقف .

حقوق وواجبات المنتفع

٣٢٤ — نصت المادة ٣٨/١٩ على أنه :

« تراعى فيما يكون لصاحب الانتفاع من الحقوق وفيما يترتب عليه من الواجبات شروط العقد المترتب عليه حق الانتفاع والأحوال المقررة فى المواد الآتية » .

« Les droits et obligations qui naissent de l'usufruit sont réglés par les conditions imposées par l'acte de constitution et par les dispositions suivantes ».

فاذا وجدت شروط خاصة فى السند الذى رتب بمقتضاه حق الانتفاع روعيت هذه الشروط . فاذا لم توجد روعيت القواعد المنصوص عليها فى القانون .

حقوق المنتفع

٣٢٥ — للمنتفع ، كما يظهر من المادة ٢٩/١٣ ، حقان : (١) الحق فى استعمال الشىء ، (٢) الحق فى استغلاله . على أنه قد يكون موضوع حق الانتفاع شيئا لا ينتج ثمارا ، مثل الانتفاع بمكتبة ، فيكون حق الانتفاع فى هذه الحالة مقصورا على الاستعمال (قراءة الكتب فى المثل المتقدم) .

٣٢٦ — (١) **حق الاستعمال** — للمنتفع حق استعمال الشىء . فكما تقول المادة ٥٩٧ فرنسى : « له أن ينتفع بحقوق الارتفاق وبحق المرور ، وعلى العموم بكل الحقوق التى يجوز للمالك أن ينتفع بها . ويكون انتفاعه بها كانتفاع المالك نفسه » .

ويشمل حق المنتفع توابع الشيء الموجودة وقت بدء الانتفاع .

ولكن كما تقول المادة ٢٠/٣٩/٥٨٢ :

« يجب على من له حق الانتفاع أن يستعمل الشيء فيما وضع له » .

« L'usufruitier doit user de la chose suivant sa destination ».

أي بحسب تخصيص المالك له . فاذا كان حق الانتفاع خاصا بحصان للركوب فلا يجوز للمنتفع أن يستعمله للجر أو للحمل ، واذا كان حق الانتفاع متعلقا بمنزل معد للسكنى فلا يجوز له أن يجعله حانوتا أو مقهى ، واذا كان خاصا بمحل تجارى فلا يجوز له أن يحوله للسكنى ، الا اذا كان الاتفاق بين المتعاقدين يجيز ذلك ، اما صراحة أو دلالة ، وذلك لأن استعمال الشيء ، استعمالا يخالف ما وضع له ، من حقوق المالك ، اذ يعتبر تصرفا ، والمنتفع ليس له حق التصرف (راجع المادة ٦٠١ فرنسى) .

ويترتب على استعمال حق الانتفاع استعمالا غير جائز طلب فسخ هذا الحق (٢٧/٤٦/٦١٨) ، كما سيجيء [١] .

ويجب على المنتفع أثناء استعماله الشيء ألا يغير من جوهره ، بل يستبقى عينه كما هى . وقد نص القانون الفرنسى صراحة على ذلك فى التعريف . غير أن القانون المصرى لم يذكر هذا الحكم ، لا فى التعريف ولا فى المواد الأخرى الواردة فى باب حق الانتفاع ، وانما نص فى المادة ٢٢/٤١ على وجوب رد بدل الأشياء التى تستهلك بالاستعمال . أما الأشياء التى لا تستهلك بالاستعمال ، والتى هى موضوع حق الانتفاع بمعناه الحقيقى فلم يذكر شيئا عنها . ولكن الحكم فى القانون المصرى يجب أن يكون مثل حكم القانون الفرنسى ، بما أن حق الانتفاع حق مؤقت ينتهى بموت المنتفع ، أو بانقضاء الزمن المعين له اذا كان ينقضى قبل موت المنتفع .

٣٢٧ — (٢) حق الاستغلال — لصاحب حق الانتفاع استغلال

---

(١) راجع نبذ ٣٥٧ .

الشيء اما مباشرة أو بواسطة غيره ، كالايجار أو المزارعة الخ ، وينتهى حق الغير بانتهاء حق الانتفاع . وله أن يرهنه ، أو أن يبيعه ، أو أن يتنازل عنه . وقد نص على ذلك صراحة فى المادة ٥٩٥ فرنسى . ولكن المنتفع يظل مسئولا قبل المالك ولو كان قد تصرف فى حقه .

على أنه لا يسوغ للمنتفع أن يعطى أكثر مما له ، وعلى ذلك يسقط الرهن الذى يقرره بانقضاء حق الانتفاع .

٣٢٨ — الحق فى الثمار — للمنتفع الحق فى الثمار بمعناها الحقيقى fruits ، لا فى الحاصلات produits . وقد عرفنا الفرق بين الثمار والحاصلات[١] . فالذى يميز الثمار هو كونها تنتج فى أوقات دورية ، وكونها تنفصل عن الشيء وتتكرر من غير نقص فى جوهره ، فى حين أن الحاصلات لا تحصل فى أوقات دورية ، وتنقص مقدار الشيء وتقتطع جزءا منه . فالثمار هى ايراد الشيء . أما الحاصلات فتعتبر من أصل الشيء ، ولذلك تبقى للمالك ولو أن الشيء رتب عليه حق انتفاع لآخر[٢] .

٣٢٩ — تملك المنتفع الثمار بأنواعها — للمنتفع الحق فى أخذ الثمار بأنواعها ، سواء أكانت طبيعية أم صناعية أم مدنية (المادة ٥٨٢ فرنسى) .

والثمار الطبيعية fruits naturels هى ، كما عرفتها المادة ٥٨٣ فرنسى ،

---

(١) راجع نبذة ١٧٠ .

(٢) وليس من السهل فى كل الأحوال التمييز بين الثمار والحاصلات ، ويجب لذلك مراعاة عدة عوامل ، وعلى الخصوص ارادة الانسان والتخصيص الذى يعد الشيء له . فنفس الأموال قد تكون فى بعض الأحوال ثمرة أو حاصلات بحسب اعداد المالك للشيء الذى تخرج منه . على أنه توجد أموال تعتبر دائما ثمارا ، كالحاصلات السنوية ، وأرباح النقود ، وأجرة الأرض أو المنزل ، ومرتبات الايراد (٥٨٨ فرنسى) ، ولبن الحيوانات وأصوافها ونتاجها ، وأرباح المحال التجارية . ولكن توجد أموال أخرى قد تكون ثمارا وقد تكون حاصلات بحسب اعتبار المالك لها وطريقة استغلاله للشيء ، مثل الأشجار وحاصلات المناجم والمحاجر . وقد جاء القانون الفرنسى بأحكام خاصة لها . راجع كتابنا « الملكية والحقوق العينية » الجزء الأول نبذة ٣٨٦ .

« التى تنتجها الأرض من نفسها . ومحصول ونتاج الحيوانات هى أيضا ثمار طبيعية » .

والثمار الصناعية fruits industriels هى التى يمكن الحصول عليها من الأرض بواسطة الزراعة (المادة ٥٨٣ فرنسى) .

والثمار المدنية fruits civils هى ، كما جاء فى المادة ٥٨٤ فرنسى « أجور المنازل وفوائد المبالغ المستحقة ومرتبات الايرادات . وأجرة الأراضى الزراعيـة تدخل أيضا فى صنف الثمار المدنية » .

ويكون للمنتفع الثمار التى ينتجها الشىء فى حالته الأوليـة أو التى تنشأ عن الزيادة التى تضم اليه فيما بعد ، كالزيادة الناشئة بالالتصاق الطبيعى أو الصناعى ، كالطمى مثلا (راجع المادة ٥٩٦ فرنسى) .

٣٣٠ — كيفية امتلاك الثمار الطبيعية والصناعية — يمتلك المنتفع الثمار الطبيعية والصناعية بفصلها أو جنيها par la perception . ولا حاجة لرفعها من مكانها .

وقد جاء فى المادة ٥٨٥ فرنسى أن : « الثمار الطبيعية والصناعية الموجودة فى الأغصان أو على العروش وقت بدء حق الانتفاع تكون للمنتفع . والثمار التى تكون بالحالة المذكورة وقت انقضاء حق الانتفاع تكون للمالك ، من غير أن يعوض أحدهما الآخر عن العمل والبذور ، وذلك مع عدم الاضرار بحق الزارع بالمشاركة فى جزء الثمار الذى يستحقه ان وجد ، اما عند بدء حق الانتفاع أو عند انقضائه » .

فاذا مات صاحب حق الانتفاع أثناء المحصول فكل ما يكون قد فصله يصير من حق ورثته ، أما الثمار التى لم يفصلها فمن حق المالك . ويجب ألا يحصل الفصل أو الجنى قبل نضج الثمار ، ما عدا الثمار التى جرى العرف بفصلها خضراء ، مثل الزيتون . وقد يحصل فصل الثمار قبل النضج ، بسبب قوة قاهرة ، كحرب مثلا ، وتصبح من حق المنتفع . ولكن الثمار التى نضجت ولم يجنها المنتفع قبل انتهاء حقه

تصير من حق المالك ، ولو استحال على المنتفع جنيها بقوة قاهرة .

ولم يأت القانون المصرى بحكم المادة ٥٨٥ ، ولكن بما أن حق الانتفاع فى مصر ينشأ بارادة المالك ، فاذا وجد فى العقد شرط خاص به وجب اتباعه . واذا لم يوجد مثل هذا الشرط ، فان وجدت ثمار لم تجن وقت بدء حق الانتفاع فانها تكون من حق المنتفع ، لأنه يتسلم الشىء بالحالة التى يكون عليها . أما الثمار التى تكون بالعين وقت انقضاء حق الانتفاع فالظاهر أنها تكون من حق المنتفع أيضا ، لأنه هو الذى أوجدها وأنفق عليها ولا يوجد ما يبيح للمالك الاستيلاء عليها .

وبالرجوع الى الشريعة الاسلامية نجد فيها الحكم الآتى : « من استحق بعقد وصية غلة أرض أو بستان فله الغلة القائمة وقت موت الموصى والغلة التى تحدث فى المستقبل ، فينتفع بها مدة حياته ، ان نص فى العقد على الأبد ، أو أطلق بدون تعيين مدة ، ولو أوصى بثمرته وأطلق فله الثمرة القائمة فقط دون ما يحدث ، وان قيدت بمدة فله الانتفاع بالغلة والثمرة الى انقضاء تلك المدة ، و بعدها ترد الغلة والثمرة الى من له الرقبة . والمراد بالغلة كل ما يحصل من ريع الأرض وكرائها وثمرة البستان » (المادة ٢٠ من مرشد الحيران) . و « اذا انقضت المدة المعينة للانتفاع ، أو مات المنتفع فى أثنائها ، وكانت الأرض مشغولة بزرعه ، والزرع بقل لم يدرك ، يترك الزرع له فى الصورة الأولى ، ولورثته فى الصورة الثانية ، الى حين ادراكه ، وحصاده بأجر المثل ، الا ان كان المنتفع مستأجرا فانه يترك الزرع لورثته فى الصورة الثانية بالمسمى الى حين ادراكه وحصاده (المادة ٣٦ من مرشد الحيران) .

فالفرق بين الحكم فى القانون الفرنسى ، الذى هو مثل حكم القانون الرومانى ، و بين الحكم فى الشريعة الاسلامية ، هو أنه بمقتضى القانون الفرنسى والرومانى تترك الثمار الطبيعية والصناعية التى لم تحصد للمالك . أما فى الشريعة الغراء فانها تترك للمنتفع ، مقابل دفع أجرة المثل للمالك عن المدة التى يشغلها الزرع .

والظاهر أن القانون المصرى بعدم نقله نصوص القانون الفرنسى أراد أن

يخالفه ، وخصوصا ان الشراح فى فرنسا قد انتقدوا نصوص قانونهم ، ومن رأيهم أنه كان الأفضل تعميم القاعدة الخاصة بالثمار المدنية ، أى تقسيم الثمار بنسبة مدة الانتفاع ، حتى لو كانت طبيعية أو صناعية .

٣٣١ — كيفية امتلاك الثمار المدنية — يمتلك المنتفع الثمار المدنية يوما فيوما jour par jour ، فتكون له الثمار المدنيـة عن كل الأيام التى شملها حق انتفاعه ، بصرف النظر عن تاريخ استحقاق دفعها . فاذا كانت الفوائد مثلا تدفع سنويا ، وانتهى حق الانتفاع قبل انتهاء السنة ، أى قبل دفع الفوائد فانه يستحق الفوائد عن المدة التى وجد فيهـا حقه . كما أن المالك يستحق الفوائد عن المدة السابقة على حق الانتفاع (راجع المادة ٥٨٦ فرنسى) .

٣٣٢ — حق الانتفاع بالمواشى — نصت على هـذا الحق المـادة ٦١٦/٤٢/٢٣ ، اذ جاء فيها أن الزيادة التى تحصل من نتاج المواشى تكون للمنتفع بها ، لـكن بعد أن يستعيض من النتاج ما نفق من الأصل بآفة سماوية . وسنعود الى هذا الموضوع عند الـكلام فى واجبات المنتفع[1] .

٣٣٣ — الأعمال التحفظية — للمنتفع أن يباشر الأعمـال التحفظية actes conservatoires ، ويعتبر أنه يمثل المالك فى اجراء ذلك ، كأن يقطع التقادم .

وله أن يقوم بكل أعمال الادارة actes d'administration ، أى الأعمال التى لا تتعدى الى جوهر الشىء ، بل تتعلق بالثمرة فقط ، فلا يكون له أن يقوم بأعمال التصرف actes de disposition ، لأن جوهر الشىء يجب أن يبقى كما هو (المادة ٥٧٨) ، الا فى الحالة التى يكون له فيها شبه حق انتفاع ، فانه يكون للمنتفع عندئذ ملـكية الأشياء التى يشملها الحق ، بشرط أن يرد مثلها كما سيجىء .

٣٣٤ — الدعاوى التى للمنتفع — للمنتفع الحق فى أن يرفع دعاوى وضع اليد ، وأن يرفع الدعوى العينية التى له بصفته صاحب حق عينى ، لتسلمه

(١) راجع نبذة ٣٤٣ .

العقار المرتب عليه حقه ممن يكون حائزا له ، سواء أكان منشيء الانتفاع أم ورثته أم شخصا أجنبيا ، وتسمى هذه الدعوى action confessoire d'usufruit ، كما أن له دعوى شخصية ناتجة من سنده المنشيء لحقه ، ويرفعها ضد منشيء حق الانتفاع أو ورثته للمطالبة بالتسليم action personnelle en délivrance .

وللمنتفع أن يطلب القسمة اذا كان فى حالة شيوع مع منتفع آخر . وله أن يرفع دعوى القسمة على المالك نفسه فى الحالة التى يكون استغلال الشيء شائعا بينهما ، لا فيما يختص بالملكية ، لأنه كما تقدم لا يكون المنتفع ومالك الرقبة فى حالة شيوع ، اذ أن طبيعة حقيهما مختلفة .

واجبات المنتفع

٣٣٥ — (١) عمل الجرد وتقديم كفالة فى المنقول — تنص المادة ٢١/٤٠/٦٠٠ — ٦٠٣ على أنه :

« اذا كان المال المقرر عليه حق الانتفاع منقولا وجب حصره بالجرد ، ولزم المنتفع تقديم كفالة به ، فان لم يقدمها بيع المال المذكور ووضع ثمنه فى أوراق ميرية وأعطيت أرباحها اليه » .

«S'il s'agit de choses mobilières, il doit être fait inventaire et donné caution; à défaut de caution, les meubles sont vendus et le produit placé en fonds publics dont le revenu est remis à l'usufruitier».

وهذه المادة خاصة بجميع المنقولات ، سواء أكانت مما يستهلك أم مما لا يستهلك بمجرد الاستعمال . وخلافا للقانون المصرى يقضى القانون الفرنسى أيضا بعمل كشف عن حالة العقارات (المادة ٦٠٠) .

وسبب اشتراط الجرد هو معرفة ما يجب رده عند انتهاء الحق . وقد أوجبه القانون ليتقى به المالك سوء نية المنتفع ، لاحتمال أنه قد ينكر تسلمه بعض الأشياء أو يدعى أنه تسلمها بحالة سيئة .

ويكفى أن يشمل الجرد وصف المنقولات . وليس من الضرورى أن يشمل

تقويم الأشياء الموصوفة . واذا ذكرت فى الجرد قيمة المنقولات فلا يفيد ذلك انتقال ملكيتها الى المنتفع ، الا اذا كان هذا هو قصد العاقدين الصريح أو الضمنى . على أن تقويم المنقولات يساعد على تحديد التعويض الواجب دفعه عند انتهاء حق الانتفاع عن المنقولات التى لا يردها المنتفع .

ومصاريف الحصر بالجرد على المنتفع .

وسبب الزام المنتفع بتقديم الكفالة هو احتمال تبديد المنتفع الشىء المقرر عليه حق الانتفاع أو اتلافه والخوف من عدم قيامه بتعويض الضرر ، فأوجب القانون عليه تقديم كفيل يرجع عليه المالك .

والكفالة اما أن تكون شخصية ، أى من شخص معتمد ، واما أن تكون برهن أو أوراق مالية .

٣٣٦ — ويجوز معافاة المنتفع من عمل الجرد أو من تقديم الكفالة اذا اتفق فى العقد على ذلك ، فقد جاء فى المادة ٣٨/١٩ أنه تراعى فيما يكون لصاحب الانتفاع من الحقوق وفيما يترتب عليه من الواجبات شروط العقد المترتب عليه حق الانتفاع والأصول المقررة فى المواد التى تليها .

٣٣٧ — ***ما يترتب على عدم الجرد أو تقديم الكفالة*** — بين القانون ، فى المادة ٦٠٢/٤٠/٢١ ، ما يترتب على عدم تقديم الكفالة ، اذا لم يعف المنتفع منها ، وهو بيع المنقول ووضع ثمنه فى أوراق ميرية واعطاء أرباحها للمنتفع . غير أنه يلاحظ فيما يختص بالنقود — اذا شملها حق الانتفاع — أنها لا تباع ، بل تشترى بها أوراق ميرية .

ولم يبين القانون المصرى ما يترتب على عدم القيام بعمل الجرد ، وكذلك القانون الفرنسى لا يوجد به نص خاص بذلك . ويقرر الشراح والمحاكم أن عدم الجرد لا يترتب عليه زوال حق الانتفاع ، ولكن يجوز للمالك اذا كان قد سلم المنقولات أن يثبت عند انتهاء حق الانتفاع محتوياتها وقيمتها بكل الطرق القانونية ، واذا كان لم يسلم المنقولات فيجوز له أن يستبقيها وأن يمتنع عن تسليمها الا بعد

عمل الجرد (راجع المادة ٦٠٠ فرنسى) .

٣٣٨ — وقد جاء فى المادة ٦٠٤ فرنسى أن « التأخير فى تقديم الكفالة لا يحرم المنتفع من الثمار التى يكون له الحق فيها ، فهى تستحق له من الوقت الذى يبتدىء فيه حق الانتفاع » .

ومن المتفق عليه أيضا أن هـذه المادة تنطبق فى حالة عدم الجرد . فللمنتفع الحق فى الثمار من وقت انشاء حق الانتفاع .

٣٣٩ — **(٢) استعمال الشىء فيما وضع له** — جاء فى المادة ٢٠/٣٩ أنه :

«يجب على من له حق الانتفاع أن يستعمل الشىء فيما وضع له » .

« L'usufruitier doit user de la chose suivant sa destination ».

وقد سبق التكلم فى هذا الواجب عند الكلام فى حق المنتفع فى استعمال الشىء[1] .

٣٤٠ — **(٣) القيام بمصاريف الصيانة** — يجب على صاحب حق الانتفاع أن ينتفع بالشىء كانتفاع رب الأسرة المعنى بأمور نفسه ، فعليه أن يحفظ الأشياء المقرر عليها حقه بحالة جيدة . ويجب عليه أن يمنع اتمام التقادم ، وأن يجدد قيـد الرهن التأمينى الضامن للدين المقرر عليه حق الانتفاع . واذا حصل التعدى على العقار ، بأن وضع أجنبى يده عليه بقصد امتلاكه بمضى المدة ، فمن حيث ان دعوى الاستحقاق من خصائص المالك فيجب على المنتفع أن يخطره ، والا ألزم بتعويض ما يلحق المالك من الضرر .

وقد جاء فى المادة ٢٥/٤٤ :

« يجب على المنتفع أن يقوم بكافة المصاريف اللازمة لحفظ وصيانة الشىء المنتفع به ، وليس له أن يكلف المالك بصرف شىء مطلقا » .

« L'usufruitier doit faire les dépenses d'entretien et ne peut exiger que le propriétaire fasse aucune dépense ».

---

(١) راجع نبذة ٣٢٦ .

وذلك لأنه هو المنتفع بالشيء ، ومن مصلحته أن يحفظه و يصونه من التلف .

و يلزم المنتفع بمصاريف الحفظ والصيانه ، ولو أصبحت ضرورية ، لا بفعله ولا بمرور الزمان ، ولكن بحادث .

ولم يبين القانون المصرى المقصود من المصاريف اللازمة لحفظ الشيء وصيانته . ولكن القانون الفرنسى أتى بأحكام وضح فيها ذلك فى المواد ٦٠٥ وما بعدها . و يستخلص منها أن اصلاحات الصيانة لا تشمل الا الاصلاحات الدورية قليلة التكاليف ، والتى تكون سطحية فى غالب الأحوال ، والغرض منها حفظ الشيء على حالته الأولى من غير تغيير .

٣٤١ — اعادة البناء المتهدم — لا يلزم المنتفع باعادة البناء المتهدم ، وقد نص على ذلك صراحة فى المادة ٦٠٧ فرنسى التى جاء فيها : « لا يلزم المالك ولا المنتفع باعادة بناء ما يقع بسبب القدم أو ما يهدم بحادث جبرى » [1] .

٣٤٢ — (٤) دفع العوائد والأموال — لم يذكر القانون المصرى شيئا بخصوص الالتزام بدفع الأموال الميرية وباقى العوائد .

وقد قررت المادة ٦٠٨ فرنسى أنه : « يجب على المنتفع أن يقوم مدة انتفاعه بدفع كل العوائد السنوية المرتبة على العين ، مثل الضرائب وغيرها التى تعتبر عرفا عوائد عن الثمار » .

و يلزم بها المنتفع سواء أحصل الثمار بالفعل أم لم يحصلها ، وسواء أكانت الثمار تكفى لدفعها أم لا .

ولكن يجوز الاتفاق على غير ذلك فيما بين المنتفع والمالك ، أما قبل الحكومة فيظل المنتفع مسئولا .

و يجب تطبيق القاعدة المتقدمة أيضا فى مصر .

٣٤٣ — (٥) ضمان الضياع أو التلف — يسأل المنتفع عما يصيب

---

(١) راجع نبذة ٣٤٧ ، ٣٥٦ .

المـال من التلف أو الضرر الناشئين عن تقصيره . وقـد قررت المـادة ٢٤/٤٣/٦٠٧ أنه :

« لا يسأل المنتفع عن ضياع أو تلف الشيء متى كان حاصلا بدون تقصير منه » .

« Il n'est pas responsable de la perte ou détérioration de la chose arrivée sans sa faute ».

وذلك كما اذا هلك الشيء بحادث جبرى . وتستثنى من ذلك الحالة المذكورة فى المادة ٢٣ / ٤٢ التى نصت على أن :

« الزيادة التى تحصل من نتاج المواشى تكون للمنتفع بها ، انما بعد أن يستعوض من النتاج ما نفق من الأصل بآفة سماوية » .

« Il profite de l'augmentation qui résulte du croît des troupeaux après remplacement par le croît des bêtes qui périssent par cas fortuit ».

وهذا الحكم مأخوذ من المادة ٦١٦ فرنسى التى قررت ما يأتى : « اذا كان حق الانتفاع مقررا على مواش ونفقت كلها بحادث أو مرض بغير تقصير من المنتفع فانه لا يكون ملزما قبل المالك الا بجلودها أو قيمة الجلود . أما اذا لم تنفق كلها فيجب على المنتفع أن يستعيض من النتاج ما نفق من الأصل » . والزام المنتفع باستعاضة ما نفق من الأصل سببه أن ما هلك من المواشى انما أصيب فى مدة استعماله لها ، ولا كبير ضرر عليه من استعاضته من الزيادة التى تحصل من النتاج ، أما اذا لم تحصل زيادة فلا يكون مسئولا عن تعويض ما ينفق منها ، الا اذا كان هلاكها حصل بتقصيره .

واستعاضة ما نفق يكون من النتاج ، سواء أوجد النتاج بعد الحادث الجبرى أم قبله .

٣٤٤ — (٦) عدم البناء بدون رضا المالك — نصت المادة ٢٦/٤٥ على أنه :

« لا يجوز للمنتفع أن يبنى

« Il ne peut faire aucune cons-

بناء أو يغرس غراسا بدون رضا المالك . وعليــه أن يثبت ذلك الرضا بالـكتابة أو باقرار المالك أو بامتناعه عن اليمين » .

truction ou plantation sans le consentement du propriétaire, et il devra prouver ce consentement par l'écrit, l'aveu ou le serment de ce dernier ».

وذلك لأن البناء يترتب عليه تغيير فى الشىء ، وهـذا ليس من حقوقه ، فلا بد من رضا المالك . وتسوى علاقة الطرفين بمقتضى الاتفاق الذى يحصل بينهما . واذا اختلفا يلجأ الى الحاكم للفصل بينهما بناء على ما يظهر لها ، فتبحث هل قصد العاقدان أن يدفع تعويض أم لا .

ويلاحظ أن المادة ٢٦/٤٥ تشترط لاثبات رضاء المالك طرقا خاصة .

واذا بنى المنتفع أو غرس بغير رضا المالك فتطبق المادة ٦٥/٩١/٥٥٥ التى سيأتى الكلام فيها فى الالتصاق (اضافة الملحقات للملك [١]) .

٣٤٥ — (٧) رد الشىء — يجب على المنتفع أن يرد الشىء عند انتهاء حق الانتفاع بالحالة التى كان عليها وقت بدئه ، والا ألزم بالتعويضات اذا استحال عليه بسبب فعله أن يرد .

واجبات وحقوق المالك

٣٤٦ — من حيث التصرف فى الشىء — يجب على المالك أن يترك المنتفع ينتفع بالشىء المرتب عليه حقه laisser jouir ، فلا يعمل عملا من شأنه أن يعوق أو ينقص انتفاع صاحب الحق ، كأن يقرر على الشىء حق ارتفاق ينشأ عنه نقصان المنفعة بالنسبة لصاحب حق الانتفاع ، أو أن يغير شكل الشىء المرتب عليه حق الانتفاع ، أو أن يقيم مبانى جديدة .

ولـكن يجوز له أن يقرر الحقوق و يتصرف فى الشىء المملوك له متى كانت

---

(١) ولـكن هالتون يرى أن البناء أو الغراس يكون ملـكا لصاحب العين المقرر عليها حق الانتفاع بغير قيد (هالتون ص ٦٥) .

تصرفاته لا ينشأ منها ذلك ، كأن يرهن عقاره موضوع حق الانتفاع رهنا تأمينيا ، أو أن يبيعه أو يهبه ، و بما أن حق الانتفاع حق عينى ، فمتى سجل يجوز للمنتفع أن يتتبع العقار .

ولا يجوز للمالك أن يرهن العين رهن حيازة ، لأنه يترتب على هذا النوع من الرهن وضع العين فى حيازة الدائن المرتهن ، وهذا يتعارض مع حق المنتفع .

٣٤٧ — **من حيث اجراء الاصلاحات** — لا يلزم المالك بمصاريف الحفظ والصيانة كما تقدم . ولا يلزم كذلك بالاصلاحات الجسيمة .

وقد قررت المادة ٢٥/٤٤ بأنه ليس للمنتفع أن يكلف المالك بصرف شىء مطلقا . كذلك ليس له أن يجبره على اعادة بناء ما يقع بسبب القدم أو ما يهدم بحادث جبرى كما تقدم . ولكن يجوز للمالك ، اذا أراد ، أن يقوم بعمل الاصلاحات الكبيرة اللازمة لحفظ ملكه ، وليس للمنتفع أن يمنعه أو أن يطلب منه تعويضا ، حتى لو ترتب على ذلك نقصان مؤقت فى انتفاعه ، ومع ذلك فانه ينتفع بالاصلاحات التى تعمل من غير أن يقوم بدفع شىء من المصاريف فيها .

ولكن من رأى بعض الشراح الزام المنتفع بأن يدفع للمالك ، مدة انتفاعه ، فوائد المصاريف التى أنفقها المالك فى الاصلاحات الجسيمة ، اذ أن المنتفع استفاد منها [1] .

ولا يجوز للمالك أن يرجىء الاصلاحات الى أن يقرب انتهاء حق الانتفاع كى يلزمه بتحمل المضايقة التى يستوجبها اجراء الاصلاحات من غير أن ينتفع منها .

٣٤٨ — **الدعاوى التى للمالك** — يحتفظ المالك بالدعاوى والحقوق التى يخولها له سنده ، فله أن يرفع دعاوى الاستحقاق la revendication ، أو دعاوى وضع اليد actions possessoires . غير أنه ليس له أن يرفع هذه الدعاوى على المنتفع أثناء سريان حق الانتفاع . ولكن له حقوق يستطيع التمسك بها قبله ، وكلها خاصة بحفظ الشىء ، اذ له أن يجرى الأعمال المادية

---

(١) بلانيول وريبير وبيكار ٨٥٨ — عكس ذلك : بودرى لاكنتنرى وشوفو ٦٨٥ .

الضرورية لحفظ الشيء : الاصلاحات الجسيمة grosses réparations ، واعادة البناء الذى أتلفه الحريق أو أى سبب عارضى ، من غير أن يكون للمنتفع أن يطلب تعويضا لحرمانه من الانتفاع .

وله أن يرجع على المنتفع اذا تجاوز حقوقه وأوجب الخطر بالنسبة للمستقبل ، أى تنفيذ التزامه بالرد ، أو اذا أساء الانتفاع abus de jouissance ، أو اذا ارتكب خيانة malversations ، أو اذا أعسر . وتختلف الاجراءات التى تتخذ باختلاف الأحوال ، فقد تكون اجراءات تحفظية ، وقد تصل الى سقوط حق المنتفع .

انقضاء حق الانتفاع

٣٤٩ — ينتهى حق الانتفاع بأحد الأسباب الآتية :

(١) انقضاء الزمن المعين له . (٢) موت المنتفع . (٣) ترك المنتفع حقه . (٤) هلاك المال المقرر عليه حق الانتفاع . (٥) استعمال الشيء استعمالا غير جائز . (٦) عدم قيام المنتفع بالشروط المقررة عليه . (٧) عدم الاستعمال خمس عشرة سنة. (٨) اتحاد الذمة . (٩) فسخ حق مقرر الانتفاع .

وسنشرح هذه الأسباب فيما يلى .

٣٥٠ — (١) **انقضاء الزمن المعين** — انه وان كان حق الانتفاع لا يتعدى حياة صاحبه ، فانه قد ينقضى قبل ذلك بحلول الأجل الذى عينه له منشيء هذا الحق أو الموصى به ، كما لو جعل لمدة عشر سنوات .

وقد جاء فى المادة ٦١٧/٤٦/٢٧ :

« ينتهى حق الانتفاع بانقضاء الزمن المعين له . . » .

L'usufruit s'éteint par l'expiration du terme fixé… ».

وينقضى فى فرنسا أيضا بانقضاء الوقت المعين له فى القانون ، فالانتفاع المرتب لمصلحة شخص اعتبارى يبقى ثلاثين سنة (المادة ٦١٩) [1] ، وينقضى

(١) راجع نبذة ٣٥٢ .

حتما بانقضاء هذا الزمن ، وحق استغلال الأب والأم ينقضى يوم يبلغ الولد ثمانى عشرة سنة (المادة ٣٨٤ فرنسى) .

وانقضاء حق الانتفاع اذا حل الأجل المحدد له يحصل بقوة القانون de plein droit .

واذا اتفق على ترتيب حق الانتفاع حتى يبلغ شخص أجنبى عن المتعاقدين un tiers سنا معينة فان حق الانتفاع يبقى حتى هذا الوقت ، ولو مات هذا الأجنبى قبل بلوغه السن المذكورة (المادة ٦٢٠ فرنسى) . ويقول شراح القانون الفرنسى ان هذا الحكم مبنى على قصد المتعاقدين .

٣٥١ — (٢) موت المنتفع — يزول حق الانتفاع بموت المنتفع ، ولو لم ينقض الزمن المعين فى العقد .

واذا كان حق الانتفاع مقررا لجملة أشخاص على التعاقب فانه يترتب على موت المنتفع انتقال الحق الى الذى يليه . واذا كان حق الانتفاع مقررا لجملة أشخاص معا فوفاة أحدهم يترتب عليها انقضاء حق الانتفاع بالنسبة له ، ولكن حصته لا تضاف الى حصة الباقين ، الا اذا وجد شرط يقضى بذلك .

٣٥٢ — وقد قررت المادة ٦١٩ فرنسى أن : « حق الانتفاع غير الممنوح للأفراد لا تزيد مدته على ثلاثين سنة » . ويشير القانون فى هذه المادة الى الأشخاص المعنوية ، مثل الحكومة ، والشركات ، فانها لا تموت ، أو لا تنقضى الا نادرا ، واذا لم يحدد ميعاد لانقضاء حق الانتفاع المرتب لمنفعتها ، فانه يضيع على المالك ملك الرقبة . ومن المقرر أن نص المادة ٦١٩ من النظام العام ، فلا يجوز أن يبقى حق الانتفاع المقرر لمصلحة شخص معنوى أكثر من ثلاثين سنة بمقتضى اتفاق المتعاقدين أو رغبة منشئة .

هذا فى فرنسا . أما فى مصر فلم يأت القانون بنص خاص بذلك . والظاهر أن الموضوع لما يطرح أمام المحاكم . ولكن يجب ملاحظة أن حق الانتفاع فى القانون المصرى ، كما هو فى القانون الفرنسى ، حق مؤقت ، ويجب أن يكون مؤقتا ، حتى لو كان مقررا لمصلحة أشخاص معنوية ، على الأقل فى حالة الأشخاص

المعنوية الخاصة ، كالشركات . أما اذا كان مرتبا لمصلحة شخص معنوى عام ، كالحكومة ، فيمكن تطبيق المادة ٣١/١٥ و٣٢ التى تجيز حق الانتفاع المؤبد على ألا يكون بين آحاد الناس .

٣٥٣ — وكل شرط من مقتضاه جعل حق الانتفاع لمدة أطول من حياة المنتفع يكون باطلا بطلانا مطلقا ، لمخالفته للنظام العام ، فأقصى مدة لحق الانتفاع هى حياة المنتفع ، ولذلك يطلق عليه أحيانا كما تقدم عبارة « حق شخصى » أو « ارتفاق شخصى » .

وينقضى حق الانتفاع بموت المنتفع ، ولو حدثت الوفاة فى اليوم التالى لبدئه .

٣٥٤ — (٣) ***ترك المنتفع حقه*** Renonciation — قد يكون التنازل عن حق الانتفاع بارادة المنتفع وحده ، وفى هذه الحالة يكون من جانب واحد renonciation unilatérale, ou abdicative ، وقد يكون بالاتفاق مع مالك الرقبة ، ويقال له التنازل الاتفاقى conventionnelle ، ويطلق عليه أيضا التنازل الناقل translative .

وقد يكون التنازل بعوض أو بغير عوض . فاذا كان من غير عوض لمصلحة مالك الرقبة فانه يعتبر هبة مخفية أو غير مباشرة ، ولا يشترط فيها أن تكون بعقد رسمى .

وقد يكون التنازل دلالة ، كما اذا حضر المنتفع بيع مالك الرقبة بيعا يشمل الملكية التامة ، وقبضه كامل الثمن ، من غير أن يطالب هو بما يقابل منفعته . ويستدل على التنازل الضمنى من قرائن الأحوال . ويجب أن تكون ارادة المنتفع فى التنازل ثابتة . فمجرد اشتراك المنتفع فى بيع الشىء المحمل بحق الانتفاع لا يفيد وحده التنازل عن هذا الحق (المادة ٦٢١ فرنسى) .

٣٥٥ — ولدائنى المنتفع الحق فى ابطال تصرفاته بدعوى ابطال التصرفات action paulienne [١] ، اذا حصل الترك غشا أو اضرارا بحقوقهم ، بحسب

---

(١) راجع المادة ٦٢٢ فرنسى .

ما يكون الترك بمقابل أو بطريق التبرع كنص المادة ٢٠٤/١٤٣ .

ولا يكون للتنازل تأثير فى الحقوق العينية المرتبة على حق الانتفاع العقارى ، مثل حقوق الامتياز والرهن التأمينى .

واذا كان حق الانتفاع متعلقا بعقار وجب تسجيل التنازل عنه .

٣٥٦ — (٤) **هلاك المال المقرر عليه حق الانتفاع** — ينتهى حق الانتفاع بهلاك المال المقرر عليه هذا الحق (٦١٧/٤٦/٢٧) ، ويحصل ذلك بقوة القانون de plein droit . هـذا اذا كان الهلاك كليا . ولا يبقى حق الانتفاع على ما يتبقى من الشيء ، كجلود الحيوانات التى نفقت ، أو انقاض البناء الذى تهدم أو أرضه (راجع المادة ٦٢٤ فرنسى) .

واذا كان الهلاك جزئيا فان حق الانتفاع يبقى على الجزء الباقى من الشيء ، وقد نص على ذلك صراحة فى المادة ٦٢٣ فرنسى .

وهلاك الشيء الأصلى يترتب عليه انقضاء حق الانتفاع بالنسبة للأشـياء التى تتبعه والتى قد تبقى ، كما اذا هلك البناء وبقيت الحديقة المتصلة به . ونرى أنه يجب قصر هذه القاعدة على توابع الشيء الذى يهلك اذا كانت هذه التوابع لا يمكن أن تكون موضوعا لانتفاع مفيد مستقل[١] .

ونزع ملـكية العين للمنفعة العامة يشبه حالة هلاك المال المرتب عليه حق الانتفاع ، لأنه يخرج العين من التعامل . ولـكن من حيث ان نزع الملـكية يكون مقابل تعويض فان حقوق المنتفع تنتقل الى التعويض . هـذا فى القانون الفرنسى[٢] . أما فى القانون المصرى فان المنتفع يكون له الحق فى جزء من التعويض[٣] .

والضياع أو الهلاك الذى يترتب عليه انقضاء حق الانتفاع هو الذى يحصل بقوة قاهرة force majeure ، كالحريق ، لا الذى يحصل بفعل الانسان ، كما اذا

---

(١) راجع دى هلتس ٨٦ .

(٢) قارن قانون ٣ مايو ١٨٤١ المادة ٣٩ فقرة ٣ (المعدل بقانون ٦ نوفمبر ١٩١٨).

(٣) راجع قانون نزع الملـكية للمنفعة العامة : المادة ٧ .

حصل بفعل مالك الرقبة أو المنتفع به ، لأنه ليس لأحد طرفى العقد أن ينهى الحق بعمله الفردى . فاذا هلك الشىء بفعل مالك الرقبة أو صاحب المنفعة كانا مسئولين أحدهما قبل الآخر بحسب الأحوال . واذا كان الهلاك سببه فعل أجنبى ، فان حق الانتفاع ينتقل الى التعويض الذى يدفعه هذا الأجنبى ، ويجب وضعه لمنفعة المنتفع طول المدة المتفق عليها .

واذا زال الشىء نهائيا فان حق الانتفاع لا يعود اذا أعيد الشىء الى حالته الأولى ، كما اذا احترق المنزل المنتفع به ، ثم أعيد بناؤه . ولكن اذا لم يكن الهلاك نهائيا ، كما اذا غمرت المياه أرضا ، فان ذلك لا يكون الا عائقا لاستعمال حق الانتفاع ، ولا يترتب عليه زواله ، الا اذا دام عدم الاستعمال خمس عشرة سنة .

٣٥٧ — (٥) استعمال الشىء استعمالا غير جائز abus de jouissance — ينتهى حق الانتفاع باستعمال المال المقرر عليه حق الانتفاع استعمالا غير جائز (مدنى ٢٧/٤٦/٦١٨) ، اذ يترتب على ذلك الحق للمالك فى طلب انهاء حق الانتفاع ، ولكن لا يترتب عليه انقضاء حق الانتفاع بقوة القانون .

وقد أضاف القانون المختلط فى المادة ٤٦ العبارة الآتية وهى : « هذا مع مراعاة حقوق الدائنين المرتهنين sous réserve des droits des créanciers hypothécaires » . ولم يكن بالقانون الأهلى مثل هذا النص . على أن بعض الشراح فى فرنسا يقرر هذا الشرط فى القانون الفرنسى مع عدم وجود نص مثل نص القانون المختلط . ولكن يشترط أن يكون قيد الرهن سابقا على الاستعمال غير الجائز . وقد تعدل القانون الأهلى بالقانون رقم ٧٩ لسنة ١٩٣٣ الصادر فى ١٠ يوليه ١٩٣٣ ، فأضاف عبارة « هذا مع مراعاة حقوق الدائنين المرتهنين » الى المادة ٢٧ .

واستعمال الشىء استعمالا غير جائز يكون اما باستعمال الشىء فيما لم يوضع له ، أو باستعماله استعمالا فاحشا ينتج عنه تلف أو نقص أو تغيير فى جوهره أو بتركه

يهلك لعدم القيام بحفظه وصيانته ، أو بتصرفه فى الشىء المقرر عليه الانتفاع .

والمحاكم هى التى تقدر ان كان سوء الانتفاع بالشىء جسيما يخول فسخ الحق أم لا [١] .

٣٥٨ — (٦) عدم قيام المنتفع بالشروط المقررة عليه — نص على هذا السبب فى المادة ٤٧/٢٨ التى جاء فيها أنه :

« يجوز ابطال حق الانتفاع اذا لم يقم المنتفع بالشروط المقررة عليه » .

« Il peut être annulé par suite des conditions imposées à l'usufruitier ».

ويلاحظ أن نص المادة ٢٨ يطابق نص المادة ٤٧ مختلط ، مع اضافة عبارة « مع مراعاة ما تقدم » على المادة المختلطة . وهذه العبارة تشير الى ما ذكر فى المادة ٤٦ من مراعاة حقوق الدائنين المرتهنين ، ففسخ حق الانتفاع لعدم القيام بالشروط المقررة على المنتفع لا يؤثر فى حقوق الدائنين المرتهنين رهنا تأمينيا . وقد أضيفت عبارة « مع مراعاة ما تقدم » الى القانون الأهلى بمقتضى القانون رقم ٧٩ الصادر فى ١٠ يوليه سنة ١٩٣٣ .

كذلك يجوز ابطال حق الانتفاع بتحقق شرط فاسخ أو ضمنى وفقا للقواعد العامة [٢] .

---

(١) وقد خول القانون الفرنسى ، فى المادة ٦١٨ ، المحاكم الحق فى قصر الفسخ على جزء من الحق ، أو الزام مالك الرقبة بأن يدفع للمنتفع مرتبا سنويا طول المدة المقررة لحق الانتفاع . ولم يمنح القانون المصرى المحاكم المصرية السلطة الواردة فى المادة ٦١٨ . غير أنه يكون من العدل فى الحالة التى يكون فيها سوء الاستعمال مقصورا على بعض الأموال المقرر عليها حق الانتفاع أن يستمر الحق باقيا على الأموال الأخرى .

(٢) مع ملاحظة أن تحقق الشروط التى يجهلها الدائنون عند تقرير الرهن على العقار المبيع تحت شرط لا يكون لها تأثير فى حقوق الدائنين المرتهنين رهنا تأمينيا (راجع المادة ٣٤٠ مختلط ، والمادة ٢٦٩ أهلى ، وقد أصبحت تطابق المادة المختلطة ، اذ أضاف القانون رقم ٧٩ لسنة ١٩٣٣ المادة ٢٦٩ مكررة ، فصار نص القانونين واحدا) .

٣٥٩ — (٧) عدم الاستعمال خمس عشرة سنة — بناء على المادة ٢٩/٥٠ :

« ينتهى حق الانتفاع أيضا بعدم الاستعمال مدة خمس عشرة سنة »[1].

« L'usufruit finit encore par suite de non-usage pendant quinze ans ».

وتطبق هنا كل القواعد الخاصة بالتقادم المسقط من حيث انقطاع المدة أو وقفها .

وسقوط الحق بمضى المدة لعدم الاستعمال يكون بالنسبة للعقار والمنقول على السواء . ومدته فى الحالتين ١٥ سنة .

و بالنسبة للمنقول يزول حق الانتفاع اذا تملك شخص ثالث الملكية التامة ، ووضع يده على الشىء بحسن نية و بسبب صحيح . واكن اذا كان المنقول مسروقا أو ضائعا فانه يشترط مرور ثلاث سنوات على الأقل من وقت السرقة أو الضياع[2].

٣٦٠ — (٨) اتحاد الذمة Consolidation — ينتهى حق الانتفاع باتحاد الذمة ، اذا اجتمعت لشخص واحد حقوق مالك الرقبة وحقوق المنتفع ، كما اذا ورث المنتفع مالك الرقبة ، أو اذا اشترى ملك الرقبة (راجع المادة ٦١٧ فرنسى) .

---

(١) فى القانون الفرنسى : ٣٠ سنة (راجع المادة ٦١٧) .

(٢) وقد جاء فى القانون المختلط ، فى المادة ٥٠ هذه العبارة « ومن له حق الانتفاع فى أراض خراجية أو أبعادية يسقط حقه فى الانتفاع اذا ترك الأرض بدون زراعة مدة خمس سنوات ، ويشهر حق الانتفاع فى المزاد بالتطبيق للوائح » . كذلك جاء فى القانون المختلط ، فى المادة ٤٨ « اذا لم يقم المنتفع بأرض خراجية بدفع الخراج فيجوز حرمانه من الانتفاع بها بشرط مراعاة حقوق الدائنين المرتهنين » . وجاء فى المادة ٤٩ : « عدم القيام بسداد أموال الأراضى المملوكة الرقبة للميرى يترتب عليه أن يباع بالطريق الجبرى جزء من حق الانتفاع بالأرض بقدر ما يكفى لسداد تلك الأموال » . ولم يأت القانون الأهلى بهذه النصوص (راجع نبذة ٧٩) .

وانقضاء حق الانتفاع بسبب اتحاد الذمة لا يكون نهائيا فى كل الأحوال ، فقد يعود الانتفاع اذا زال سبب اتحاد الذمة ، وقد يكون لذلك أثر رجعى ، كما اذا كان السبب بيع ملك الرقبة للمنتفع ، وفسخ البيع بعد ذلك لسبب من أسباب الفسخ .

٣٦١ — (٩) **فسخ حق مقرر الانتفاع** Résolution du droit du constituant — اذا كان مقرر حق الانتفاع ليس له على العين الا حق قابل للفسخ résoluble ، فانه لا ينقل الى المنتفع الا حقا قابلا للفسخ أيضا . وكذلك الحكم اذا كان حق مقرر الانتفاع قابلا للبطلان annulable أو الرجوع فيه révocable ، وذلك لأنه ليس للانسان أن ينقل الى غيره حقوقا أكثر مما له nomo plus juris in alium transferre potest quam ipse habet.

شبه حق الانتفاع

٣٦٢ — **تعريف** — لم يتكلم القانون المصرى فى شبه حق الانتفاع الا فى المادة ٤١/٢٢ ، وهو كما قلنا ما يكون موضوعه أشياء مما تهلك بمجرد الاستعمال .

وهذا هو نص المادة ٥٨٧/٤١/٢٢ :

« يجوز للمنتفع الذى قدم الكفالة أن يستعمل الأشياء التى تهلك بالاستعمال ، انما عليه أن يرد بدلها عند انتهاء حقه فى الانتفاع » .

« L'usufruitier qui a fourni caution peut user des choses qui se consomment par l'usage, mais à la charge de les remplacer à la fin de l'usufruit ».

٣٦٣ — **الفرق بين حق الانتفاع وشبه حق الانتفاع :**

(١) بما أن ملكية الشىء لا تنتقل فى حق الانتفاع الى المنتفع ، فليس له أن يتصرف فى الشىء المقرر عليه هذا الحق . أما فى شبه حق الانتفاع فان لصاحبه الحق فى التصرف .

(٢) هلاك الشىء فى حق الانتفاع على مالك الرقبة ، أما فى شبه حق الانتفاع فعلى صاحب هذا الحق .

(٣) يجب على المنتفع أن يرد عند انقضاء حقه نفس الشىء الذى تسلمه . أما صاحب حق الانتفاع فيرد شيئا آخر من عين نوع ما تسلمه وصفته ومقداره .

٣٦٤ — **الفرق بين شبه حق الانتفاع وعارية الاستهلاك** — يشارك شبه حق الانتفاع عارية الاستهلاك فى أنه فى كل منهما يحصل تسليم شىء مقابل الالتزام برد شىء مماثل له ، ولكنهما يختلفان فيما يأتى :

(١) العارية تكون دائما بعقد . وأما شبه حق الانتفاع فقد يكون بعقد ، كما يجوز حصوله بغير عقد كالوصية .

(٢) يجب على صاحب شبه حق الانتفاع أن يقدم كفالة ، الا اذا أعفى من ذلك بمقتضى العقد أو بمقتضى القانون (٢١/٤٠/٦٠١) ، أما المستعير فلا يلزم بتقديم كفالة الا اذا اتفق على ذلك .

(٣) حقوق المستعير تنتقل الى ورثته بعد موته ، وأما حقوق من له شبه حق الانتفاع فلا تنتقل للورثة ، حتى اذا كان الحق قد حدد له زمن معين ، لأن النص على تعيين الزمن يقصد منه أن الانتفاع لا يتجاوزه ، ولكنه على كل حال ينقضى بموت المنتفع (٦١٧/٣٣/١٦) .

٣٦٥ — *رد شىء مماثل* — بمقتضى المادة ٥٨٧ فرنسى يجوز رد شىء مماثل للشىء الذى تقرر عليه شبه حق الانتفاع أو قيمته عند انتهائه ، وكان الحكم كذلك فى القانون الرومانى ، وكذلك بمقتضى الشريعة الغراء ، غير أنه فى فرنسا قد اختلف فيما اذا كان الخيار فى رد شىء مماثل أو رد القيمة متروكا لصاحب شبه حق الانتفاع أو لمالك الرقبة ، ومن رأى معظم الشراح أنه فى الحالة التى يقوم فيها الشىء فان قيمته هى التى ترد ، وفى حالة عدم تقويمه فان ما يرد هو شىء مماثل . وهذا الرأى مبنى على تفسير قصد المتعاقدين .

أما القانون المصرى فقد قرر فى المادة ٤١/٢٢ أن على صاحب شبه حق

الانتفاع أن يرد بدل الشيء ، ولم يجعل له الخيار فى أن يرد قيمته ، كما فعل القانون الفرنسى ، وكما هو الحكم فى الشريعة الاسلامية ، فعلى المنتفع أن يرد بدل الشيء ، الا اذا ظهر أن قصد العاقدين غير ذلك .

٣٦٦ — **زوال شبه حق الانتفاع** — يزول شبه حق الانتفاع كما يزول حق الانتفاع ، ولكن بعض الأسباب الخاصة بحق الانتفاع لا يمكن انطباقها هنا ، مثل عدم الاستعمال ، وسوء الاستعمال .

حق الاستعمال وحق السكنى

Droit d'usage et droit d'habitation.

٣٦٧ — أشار القانون المصرى الى حق الاستعمال وحق السكنى فى المادة ١٤/٣٠ ، واعتبرهما حقوق انتفاع ، فهما من الحقوق العينية ، ولكن للمنتفع فيهما حقوقا أقل من حقوق صاحب حق الانتفاع . وهذا هو نص المادة ١٤/٣٠ :

« ويجوز أن يكون الحق المذكور أقل مما ذكر على حسب شرط الاتفاق أو شرط التبرع الذى ترتب عليه وجود ذلك كأن يكون قاصرا على مجرد حق الاستعمال الشخصى أو حق السكنى » .

« Il peut être restreint par la convention ou la libéralité qui l'a constitué, et se réduire, par exemple, à un simple droit d'usage personnel ou à un droit d'habitation ».

مثال حق الاستعمال : أن يكون الحق مقررا على دابة معدة للركوب .

ومثال حق السكنى : أن يكون الحق مقررا على منزل معد للسكنى .

وقد أفرد القانون الفرنسى لحق الاستعمال وحق السكنى فصلا خاصا تكلم فيه عنهما فى المادة ٦٢٥ وما بعدها ، فقرر أنه تسرى عليهما الأحكام الخاصة بحق الانتفاع من حيث انشاؤهما وانقضاؤهما (٦٢٥) . ويجب تقديم كفيل مقدما والقيام بعمل الجرد (٦٢٦) . وتتبع فيما يختص بحقوق أصحابهما الشروط التى تدون فى السند الذى يرتبهما (٦٢٨) . وأما اذا لم يصرح فى السند بذلك فان من له حق الاستعمال على ثمار الأرض ليس له أن يطالب الا بما يكون لازما لحاجاته

وحاجات أسرته ، وله أن يطالب أيضا بحاجات أولاده الذين يحدثون بعد تقرير حق الاستعمال (٦٢٩ و ٦٣٠) . والمراد بالأسرة الأشخاص الذين يعيشون على نفقته ، مثل الزوجة والأولاد والخدم . وليس لصاحب حق الاستعمال أن يتنازل عن حقه أو يؤجره لآخر (٦٣١) ، وليس للدائنين حجزه .

ولمن له حق السكنى فى منزل أن يسكن فيه هو وأسرته ، حتى ولو لم يكن متزوجا فى الوقت الذى أعطى فيه هـذا الحق (٦٣٢) . وهذا الحق مقصور على ما يكون لازما لسكنى من له هذا الحق ولأسرته (٦٣٣) . ولا يمكن التنازل عنه أو اجارته (٦٣٤) .

واذا استولى من له حق الاستعمال على كل ثمار الأرض ، أو اذا شغل من له حق السكنى كل المنزل ، فانه يكون ملزما بأن يدفع نفقات الزراعة والاصلاحات اللازمة للحفظ والصيانة ، وأن يدفع العوائد contributions ، مثل صاحب حق الانتفاع . أما اذا لم يأخذ الا جزءا من الثمار ، أو اذا لم يشغل الا جزءا من المنزل ، فلا يدفع الا بنسبة ما ينتفع به (٦٣٥)[1] .

حق الانتفاع فى الأموال الموقوفة

٣٦٨ — ***نصوص القانون المدنى الخاصة بالوقف*** — معظم أحكام الوقف مرجعها الشريعة الاسلامية . ولم تأت المجموعة المدنية الا بأحكام قليلة . من ذلك المواد الآتية :

(١) المادة ٢٢/٧ التى عرفت الأموال الموقوفة[2] .

(٢) المادة ٣٤/١٧ ، وقد سبق الكلام فيها[3] .

(٣) المادة ٧٦/٥٣ التى قررت أنه لا يجوز الوقف اضرارا بالدائنين .

---

(١) راجع مرشد الحيران المواد ٢٤ — ٢٧ .

(٢) راجع نبذة ٨١ ، وما سيجىء نبذة ٣٦٩ .

(٣) راجع نبذة ٣٢٢ .

(٤) المادة ٥٤/٧٧ ، وقد ذكر فيها أن الحكم فى المواريث يكون على حسب شريعة المتوفى ، ويستثنى من ذلك حق الارث فى منفعة الأموال الموقوفة ، فتتبع فيه أحكام الشريعة المحلية la loi locale ، أى أحكام الشريعة الاسلامية .

(٥) المادة ١٨/٣٧ ، وقد نص فيها على أن :

« حق المنفعة المعطى من ديوان الأوقاف قابل للانتقال من يد الى أخرى بمقتضى اللائحة المؤرخة فى ٧ صفر سنة ١٢٨٤ (١٠ جونيو سنة ١٨٦٧) .

ويجوز تأجيره أو اعطاؤه بالغاروقة » .

«L'usufruit constitué par le ministère des wakfs est transmissible conformément à la loi du 7 saffer 1284 (10 Juin 1867).

Il peut être donné à bail ou en antichrèse».

واللائحة المذكورة فى هذه المادة تشير الى العقد المسمى بالاجارتين ، والذى سيأتى الكلام فيه .

٣٦٩ — تعريف الوقف — الوقف هو حبس العين عن تمليكها لأحد من العباد والتصدق بالمنفعة على الفقراء ، ولو فى الجملة [١] ، أو على وجه من وجوه البر [٢] .

وقد عرفت الأموال الموقوفة ، كما رأينا ، فى المادة ٧/٢٢ من المجموعة المدنية ، بالتعريف الآتى :

« الأموال الموقوفة هى المرصدة

«Les biens *wakfs* sont ceux

---

(١) (ولو فى الجملة) فيدخل فيه الوقف على نفسه ثم على الفقراء وكذا الوقف على الأغنياء ثم الفقراء . ولو وقف على الأغنياء وحدهم لم يجز ، لأنه ليس بقربة ، أما لو جعل آخره للفقراء فانه يكون قربة فى الجملة (ابن عابدين ص ٣٦٨) — راجع نبذة ٣٧٣ .

(٢) قانون العدل والانصاف المادة ١ .

على جهة بر لا تنقطع ، ويصح أن تكون منفعتها لأشخاص بشروط معلومة حسب المقرر باللوائح فى شأن ذلك » .

qui sont propriété de mainmorte au profit d'établissements pieux et dont l'usufruit peut être cédé aux particuliers dans des conditions déterminées par les règlements».

وقد قلنا عند تفسيرها ان العرف قد جرى بتسمية الوقف الذى يكون من أول الأمر لجهة بر لا تنقطع بالوقف الخيرى ، والوقف الذى تكون منفعته أولا لأشخاص معلومين ، ويكون فى آخر الأمر لجهة بر لا تنقطع بالوقف الأهلى (١).

وجاء فى المادة ٣٤/١٧ كما رأينا أنه يجوز أن يوصى لمحل خيرى تابع لديوان الأوقاف بملك العين ولشخص أو أكثر ولورثته على التعاقب بحق الانتفاع ، وحينئذ لا يكون للمحل الخيرى حق الملك التام الا بعد انقراض الموصى لهم بحق الانتفاع . وقد قلنا عند الكلام فى هذه المادة انها تشير الى الوقف ، وانه يصح ان يكون المحل الخيرى الذى يوصى له بالملك غير ديوان الأوقاف ، وان الملكية لا تكون للمحل الخيرى ، و بينا أيضا أهم الفروق بين حالة اعطاء حق الانتفاع لشخص أو أكثر موجود على قيد الحياة وقت الاعطاء ، وحالة اعطائه شخصا أو أكثر وورثته على التعاقب (٢) .

٣٧٠ — **مصدر الوقف** — مصدر الوقف الشريعة الاسلامية . ولم يكن معروفا قبلها . ومأخذه السنة القولية والفعلية والاجماع من الصحابة .

٣٧١ — **جواز الوقف ولزومه** — ذهب الفقهاء فى جواز الوقف ولزومه مذاهب مختلفة . فأنكر بعض الفقهاء الوقف ، ولكن أكثرهم يقول بصحته . ووجه رأيهم الاقتداء برسول الله والخلفاء الراشدين وعامة الصحابة ، فانه روى أن رسول الله وقف ، وكذلك الخلفاء الراشدون وأكثر الصحابة ، ولأن الوقف ليس الا ازالة الملك عن الموقوف وجعله لله تعالى خالصا .

---

(١) راجع نبذة ٨١ .

(٢) راجع نبذة ٣٢١ وما بعدها .

وعنـد أبي حنيفة الوقف جائز ، ولـكنه غير لازم ، فهو يجعل الواقف حابسا للعين على ملكه صارفا للمنفعة الى الجهة التي سماها ، فيكون بمنزلة العارية ، والعارية جائزة غير لازمة ، فتصرف المنفعة الى جهة الوقف وتبقى العين على ملك الواقف ، وله أن يرجع عنـه ، ويجوز بيعـه ، وان مات يورث عنه . وخالف أبا حنيفة جميع أصحابه ، الا زفر .

ولم يؤخذ بقول الامام أبي حنيفة . للآثار المشهورة عن رسول الله والصحابة وتعامل الناس كما تقدم . والفتوى على قول أبي يوسف (١) .

٣٧٢ — **ملكية الوقف** — الوقف عند أبي حنيفة غير لازم ، فتبقى الملـكية للواقف ، وله أن يرجع فيه و يباع و يوهب و يورث .

وعند أبي يوسف ومحمد الوقف حبس العين على ملك الله تعـالى ، فيزول ملك الواقف عنه اليه تعالى على وجه يعود نفعه الى العباد ، فلا يباع ولا يوهب ولا يورث .

وعن أحمد لا يزول ملـكه ، وهو قول مالك ، وحكى قولا للشافعى .

٣٧٣ — **تأبيد الوقف** — من شرائط الوقف التأبيد ، فلا يجوز حتى يجعل آخره لجهـة بر لا تنقطع . وهـذا عند أبي حنيفـة ومحمد . فان لم يذكر ذلك لم يصح عندهما . وعند أبي يوسف ذكر هذا ليس بشرط ، بل يصح ، وان سمى جهة تنقطع ، و يكون بعدها للفقراء وان لم يسم .

٣٧٤ — **طبيعة حق الانتفاع فى الوقف** — قد اختلف فيما اذا كان حق المنتفع فى الوقف يعتبر حقـا شخصيا ، أى يكون مقصورا على حق المطالبة بالاستحقاق فى الغلة ، أم أنه حق عينى ، أى حق انتفاع حقيقى ، فالقانون قد سماه فى المادة ١٢/٧ حق انتفاع ، اذ قال عند تعريف الأموال الموقوفة انه « يصح أن تكون منفعتها لأشخاص بشروط معلومة » dont *l'usufruit* peut être

---

(١) راجع كتابنا « الملـكية والحقوق العينية » نبذة ٤٣٨ .

cédé aux particuliers dans des conditions déterminées . كذلك سماه حق انتفاع فى المادة ٣٧/١٨ ، اذ قال « حق المنفعة المعطى من ديوان الأوقاف .. » *l'usufruit* constitué par le Ministère des Wakfs ، فيمكن الاستنتاج من هذه النصوص أن الانتفاع بالوقف من الحقوق العينية . ولكن هذا الاستنتاج محل نظر ، لأن القانون المصرى كثيرا ما يتساهل فى التعبير . فالصواب أنه حق شخصى .

وقد حكمت المحاكم الأهلية والمختلطة بأنه لا يعتبر حقا عينيا ، بل انه حق شخصى ، وأن المستحقين يقتسمون بحسب شرط الواقف المتحصل من استغلال الوقف (١) . ومتى تقرر ذلك فلا يصح رهن الاستحقاق فى الوقف رهنا تأمينيا ولا رهن حيازة (٢) .

٣٧٥ — انشاء الوقف — يشترط فى انشاء الوقف أن يحصل باشهاد على يد حاكم شرعى بالقطر المصرى أو مأذون من قبله ، وأن تقيد الوقفية فى دفاتر المحاكم الشرعية . وقد أوجبت أيضا لائحة ترتيب المحاكم الشرعية تسجيل الاشهاد أو ملخصه بسجل المحكمة الشرعية التى بدائرتها العقار الموقوف للاحتجاج به على الغير (٣) .

---

(١) راجع استئناف ٣٠ نوفبر ١٨٩٣ الحقوق ٩ ص ١٢١ .

(٢) ولا يعترض بما جاء فى المادة ٣٧/١٨ التى أباحت اعطاء حق المنفعة بالغاروقة بحسب مقتضى اللائحة المؤرخة فى ٧ صفر سنة ١٢٨٤ (١٠ يونيه ١٨٦٧) ، لأن هذا الاستثناء خاص بالغاروقة ومقصور على حالة الاجارتين ، لا الانتفاع بالأموال الموقوفة على العموم ، وهو يؤيد بالعكس القاعدة الأصلية التى حرمت التصرف فى حق الانتفاع بالأعيان الموقوفة كما حرمت التصرف فى رقبة الأعيان نفسها .

(٣) المادة ١٣٧ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الصادرة بمرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ : « يمنع عند الانكار سماع دعوى الوقف أو الاقرار به أو استبداله أو الادخال أو الاخراج وغير ذلك من الشروط التى تشترط فيه ، الا اذا وجد بذلك اشهاد ممن يملكه على يد حاكم شرعى بالقطر المصرى أو مأذون من قبله ، كالمبين فى المادة ٣٦٤ من هذه اللائحة ، وكان مقيدا بدفتر احدى المحاكم الشرعية المصرية . وكذلك الحال فى دعوى شرط لم يكن =

٣٧٦ — هل يشترط تسجيل الوقف ؟ — قد جرى البحث فيما اذا كان يجب تسجيل الوقف وفقا لنصوص القانون المدنى ، أو قانون التسجيل الجديد الصادر فى سنة ١٩٢٣ ، أم أنه يكتفى بالتسجيل المنصوص عليه فى المادة ١٣٧ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية . ومن رأينا أن الوقف حق خاص مخالف للحقوق المذكورة بالمادة ٦١١ / ٧٣٧ من القانون المدنى ، وكذلك للحقوق المذكورة فى قانون التسجيل الجديد ، ولم يأت ذكر الوقف فى هذا القانون ، فليس من اللازم تسجيل عقود انشاء الوقف بدفاتر قلم الرهون الكائن بدائرته العقارات الموقوفة (١) .

٣٧٧ — حقوق المستحقين فى الوقف — حق المستحق فى الوقف حق شخصى كما تقدم .

ويقتصر حقه على حصته فى ريع الوقف ، وليس له — الا اذا كان ناظرا على الوقف — الحق فى ادارة نصيبه والتصرف فيه كما يشاء ، وكما هو الحال بالنسبة لسائر أصحاب حقوق الانتفاع .

ولا يجوز الاحتجاج على الناظر بأى عمل حصل من المستحقين أو بعضهم يتعلق بشؤون الوقف ، الا اذا كان ذلك باذن منه . فاذا لم يأذن ناظر الوقف مستحق الوقف بقبض الأجرة فلا يمكن الاحتجاج عليه بالايصالات الصادرة من بعض مستحقى الوقف بقبضهم الأجرة وبابرائهم مدين الوقف .

وليس للمستحق أن يكون مدعيا أو مدعى عليه فى الدعاوى الخاصة بالوقف ، حتى لو كان المستحق الوحيد ، ولا يملك الا الدعوى على الناظر باستحقاقه فى الغلة .

وليس للمستحق حق المطالبة بالدفع معجلا ، وفى مرتبات شهرية ، وذلك

= مدونا بكتاب الوقف المسجل وفى دعوى مستحق لم يكن من الموقوف عليهم وقت الدعوى بمقتضى ما ذكر . ولا يعتبر الاشهاد السابق الذكر حجة على الغير الا اذا كان هو أو ملخصه مسجلا بسجل المحكمة التى بدائرتها العقار الموقوف طبقا لأحكام المادة ٣٧٣ من هذه اللائحة» .

(١) راجع كتابنا « الملكية والحقوق العينية » الجزء الأول نبذة ٤٤٤ — ٤٤٦ .

لأن المستحق فى الوقف لا يملك غلته الا بتحصيلها . فليس له الحق فى مطالبة الناظر بحصته فى غلة الوقف الا بعد استحقاقها وقبض الناظر لهـا ، وبعد خصم المصاريف اللازمة لعمارة الوقف ، ودفع الدين الواجب اذا كان عليه دين . وليس له أن يطالب بها قبل وقت الاستحقاق ، ولو قبض الناظر الأجرة معجلا .

٣٧٨ — تنازل المستحق عن استحقاقه — ليس فى القـانون ما يمنع المستحق من التنازل عن حقه فى ريع الوقف ، سواء استحق أم لا ، طول مدة استحقاقه ، أو عن بعض هذه المدة ويحل المتنازل له محله فى الحقوق التى كانت له فى الوقف .

وحصة المستحق تكون ضمانا لما لدائنيه عليه من وقت استحقاقه لهـا ، ويصح الحجز على الغلة أو ثمنها من النقود بالطرق المختلفة ، اذ لا يوجد ما يمنع من ذلك ، الا اذا كان الاستحقاق قد ترتب بصفة معاش أو نفقة ، فتطبق عليه أحكام المبالغ الموهوبة أو الموصى بها للنفقة كما سيجىء .

٣٧٩ — شرط عدم جواز الحجز على ريع الوقف — قضى بعض الأحكام بأنه اذا شرط الواقف فى كتاب وقفه عدم جواز الحجز على ريع الوقف فان هـذا الشرط باطل ، لا تأثير له فى دائنى المستحقين ، لأنه لا يجوز للأفراد أن يوجدوا بمحض ارادتهم حالات لعدم جواز الحجز غير المذكورة فى القانون[١] . أما الشرط الذى يشرطه الواقف ، وفيه ينص على حرمان المستحق من كل استحقاق اذا استدان وتوقع حجز على ريع الوقف أو على أعيانه بسبب هذه المديونية ، فانه شرط صحيح معتبر شرعا وقانونا[٢] .

وحكم بعكس ما تقدم بأنه اذا نص الواقف فى كتاب الوقف على عدم جواز

---

(١) استئناف مختلط ١٠ مارس ١٩٢١ (٣٣ ص ٢٠٦) — استئناف أهلى ١٩ فبراير ١٩١٣ المجموعة ١٣ رقم ٤٩ ص ٩٩ .

(٢) راجع استئناف مختلط ١٩ فبراير ١٩٠٨ (٢٠ ص ٩٥) ، ١٢ يناير ١٩٢٢ (٣٤ ص ١١٠) .

الحجز على نصيب المستحقين فى الغلة فشرطه صحيح جائز شرعا ، لأنه يترتب عليه تأبيد المنفعة وحفظها للموقوف عليه ، وهـذا لا يخل بحكم الوقف ولا يوجب فساده [١] .

ونحن نرى أنه يجب الرجوع الى المادتين ٤٣٦/٤٩٨/٥٨٢ ، ٤٣٨/٥٠٠/٥٨١ من مجموعة المرافعات ، اللتين جاء فيهما أنه لا يجوز حجز المبالغ الموهوبة أو الموصى بها للنفقة أو المشترط فيها عدم جواز الحجز عليها les sommes données ou léguées à titre alimentaire ou sous condition d'insaisissabilité وانما يجوز حجزها للمداينين المتأخرين عن الهبة والوصية . فبناء على هاتين المادتين لا يوجد قانونا ما يحرم اشتراط عدم جواز حجز استحقاق الموقوف عليـه . وهذا الشرط يسرى حكمه على دائنى الموقوف عليه السابقين على الوقف ، اذ أنهم لم يعتمدوا على ما يستحقه الموقوف عليه ، وقت تعاملهم ، لأن ما يستحقه لم يكن دخل ذمته المالية وقتئذ . انما لا يسرى هـذا الشرط على الدائنين اللاحقين للاستحقاق . و يلاحظ أن نص المادتين المتقدمتين يقتصر على ذكر المبالغ الموهوبة أو الموصى بهـا ، ولم يتعرض لذكر الأموال الأخرى . والقانون الفرنسى ذكر المبالغ والمنقولات sommes et objets ، ولم يذكر العقارات ، ومع ذلك فرأى المحاكم ومعظم الشراح فى فرنسا انطباق النص على العقارات . وعندنا أنه يمكن التعميم أيضا فى القانون المصرى ، لأنه وقد ذكر الشارع هـذا الحكم بالنسبة للمبالغ فلا يوجد قانونا ما يمنع من تعميمه على الأموال الأخرى [٢] .

٣٨٠ — القانون رقم ٣٨ لسنة ١٩٣٤ — بتاريخ ٢٨ يونيه سنة ١٩٣٤ صدر القانون رقم ٣٨ بعدم جواز التنازل عما يخص المستحقين فى الأوقاف أو

---

(١) قانون العدل والانصاف المادة ٩٨ — السيدة زينب ٢٢ مايو سنة ١٩٢٠ المجموعة ٢٣ رقم ١٠٥ ص ١٦٧ .

(٢) راجع كتابنا « الملكية والحقوق العينية » ١ نبذة ٤٤٩ .

الحجز عليه الا فيما زاد على ١٢٠ جنيها سنويا [١] .

وقد دعت المصلحة العامة الى تدخل المشرع « لانقاذ فئة غير قليلة أثبت العمل أنها أصبحت هدفا لأطماع المرابين وحيلهم ، كما أن هذه المصلحة تقضى بمقاومة حيل المرابين ، لأن اقراض المستحقين يخفى دائما فى ثناياه فوائد ربوية يحرمها القانون ويعاقب عليها . وكذلك تقضى العواطف الانسانية بهذا التدخل ، حتى يجد المستحقون ما يقوم بأودهم فيصونوا ماء وجوههم وفيهم الشيوخ والمرضى والأرامل والأيتام ، وكثير منهم من سلالات أسر شريفة تجب رعايتها والمحافظة على كرامتها » [٢] .

٣٨١ — انتهاء حق المستحق — ينقضى حق المستحق فى حصته بوفاته والذى يتلقى الحق بعده يتلقاه مباشرة من الواقف ، لا ارثا عن مورثه .

وتتبع فى الاستحقاقات شروط الواقف المدونة فى الوقفية .

وفى حالة خلو كتاب الوقف من بيان من يؤول اليه نصيب المستحق الذى يموت عقيما يرد استحقاقه الى أصل الغلة ، ويوزع على باقى المستحقين .

وينتقل الحق فى الاستحقاق بقوة القانون بمجرد انتهاء حق المستحق قبله ،

---

(١) وهذا هو نص القانون رقم ٣٨ لسنة ١٩٣٤ :

مادة ١ — لا يجوز الحجز على حصة مستحق فى وقف ولا التنازل عنها الا فيما زاد عن ١٢٠ جنيها سنويا .

مادة ٢ — لايحتج بأحكام المادة السابقة بالنسبة للنفقات المقررة على المستحق . ومع ذلك لا يصح الحجز أو التنازل بسبب النفقات المذكورة الا فى حدود الأجزاء المنصوص عليها فى المادتين ٤٣٤ من قانون المرافعات الأهلى و٤٩٦ من قانون المرافعات المختلط .

مادة ٣ — الأحكام السابقة لا تمنع المحاكم من أن تقضى للمستحق بنفقة تزيد على ١٢٠ جنيها سنويا ، وفى هذه الحالة تطبق أحكام المادتين ٤٣٧ من قانون المرافعات الأهلى و٤٩٩ من قانون المرافعات المختلط على كل مبلغ يتجاوز المائة والعشرين جنيها .

مادة ٤ — لا يسرى هذا القانون على الديون الثابتة التاريخ قبل العمل به .

وقد صدقت الجمعية العمومية لمحكمة الاستئناف المختلطة بتاريخ ٢٢ يونيه سنة ١٩٣٤ على هذا القانون .

(٢) المذكرة الايضاحية للقانون .

أو تنازل المستحق عن حصته فى الوقف .

ولا يورث الانتفاع فى الأموال الموقوفة بالطرق الشرعية ، الا أن الورثة قد يكونون مستحقين بمقتضى الوقفية .

ولا يلزم المستحق الجديد من غلة الوقف التى تؤول اليه بالديون أو التعهدات الأخرى التى التزم بها المستحق السابق ، ولو كان هذا المستحق السابق أبا للمستحق الجديد ، أو كان نفس منشىء الوقف . ولا يكون رجوع دائنى المستحق السابق الا على ورثته .

٣٨٢ — **تقدير نفقة للمستحقين** — لا يوجد نص صريح فى القانون ينص على جواز تقدير نفقة للمستحق من أصل استحقاقه فى الوقف المتنازل هو عنه أو المحجوز على ريعه . وقد حكمت بعض المحاكم بأنه لا يكون محقا اذا طلب حبس جزء من الريع لا يحجز عليه ويكون بصفة معاش أو نفقة له [١] . وقضى بعض آخر من المحاكم بأن قواعد العدل والانصاف التى يجب الرجوع اليها عند عدم وجود نص فى القانون — عملا بما قضت به لائحة الترتيب — تسمح للقاضى بتقدير نفقة المستحق ، بالرغم من معارضة الدائنين ، وذلك من باب الشفقة والرحمة بالمدين ، ودفعا للضرر عنه ، واحتراما لارادة الواقف الذى كان من أغراضه الأولى عند الوقف عدم تعريض المستحق وذويه لذل السؤال ، ووقايتهم من الهلاك ، وقياسا على ما خوله الشارع من تقدير نفقة للمفلس بحسب أحكام المادة ٢٧٣ من قانون التجارة [٢] ، وهذا مستفاد من نص المادة ١٠٥ من قانون العدل والانصاف التى نصت على أنه اذا لم يوجد فى الوقفية نص يشترط قضاء دين الواقف من ريع الوقف يوفى دينه من فاضل الغلة بعد كفايته وكفاية من

---

(١) مصر المختلطة ١٦ مايو ١٩١١ جازيت ١ — ١٤٧ — استئناف مختلط ١٦ مارس ١٩١٥ (٢٧ ص ٢١٩) ، ١٤ فبراير ١٩٢٤ (٣٦ ص ٢٢٥) .

(٢) استئناف مصر ١٦ يونيه ١٩٢٦ المحاماة ٧ رقم ٨٦ ص ١١٥ — استئناف مختلط ١٤ فبراير ١٩٢٤ (٣٦ ص ٢٢٥) .

تلزمه نفقتهم بلا اسراف (١) .

ويجب تقدير النفقة بكل تحرز ، لأن المستحق ليس له فى الأصل حق مطلقا فى ريع الوقف ، ما دام تنازله عن استحقاقه ساريا والحجز على الريع نافذا (٢) .

ادارة الوقف

٣٨٣ — **ناظر الوقف أو متوليه** — يدير الوقف ناظر يمثله . ويرفع وترفع عليه الدعاوى الخاصة بالوقف بصفته هذه . وليس له الا حق الادارة .

وولاية نصب القيم الى الواقف ، ثم لوصيه ان كان ، ثم للقاضى ان لم يكن له وصى . فيجوز للواقف أن يجعل الولاية لنفسه على وقفه . وان لم يشترطها لنفسه أو لغيره فهى ثابتة له ما دام حيا .

ويجوز لناظر الوقف أن يوكل عنه من يشاء فى ادارة شؤون الوقف .

وليس ناظر الوقف وكيل كل فرد من المستحقين فى الوقف ، بل هو وكيل الجماعة الذين يتألف منهم هذا الشخص المعنوى الذى يسمونه « جهة الوقف » .

٣٨٤ — **ممن يستمد الناظر ولايته** — ناظر الوقف يستمد حق الولاية من السلطة التى أسندته اليه . فتكون ولايته مطلقة أو مقيدة بحسب ما أرادها من ولاه . والقاضى الشرعى وحده هو صاحب الاختصاص فى تعيين أو عزل أو تحديد سلطة نظار الوقف . فله أن يقيد سلطة أحد الناظرين ، ويطلق للآخر التصرف بالانفراد .

٣٨٥ — **الادارة وزارة الأوقاف** — وزارة الأوقاف فى يدها ادارة الأوقاف التى نص فى وقفياتها على تسليم الأعيان الموقوفة اليها أو التى انقرض مستحقوها وآلت الى جهة البر .

---

(١) استئناف مصر ١٢ يونيه ١٩٢٦ المحاماة ٧ رقم ٨٢ ص ١١٣ .

(٢) استئناف مختلط ١٤ فبراير ١٩٢٤ (٣٦ ص ٢٢٥) .

ويلاحظ أن النظارة العامة على الأوقاف التى ليس لها ناظر خاص معين بشرط الواقف ليست لوزارة الأوقاف ، بل هى للحاكم الشرعى ، والحاكم الشرعى يعين أمير البلاد ناظرا عليها مكانه ، ووزارة الأوقاف تدير تلك الأوقاف نيابة عنه .

ولا تعتبر وزارة الأوقاف مالكة للأعيان المذكورة ، بل مثلها مثل غيرها من النظار الشرعيين ، فلا تملك التصرف فيها . ويجوز التصرف فى الأحوال التى يصح فيها ذلك باذن من المحاكم الشرعية .

٣٨٦ — ما يجوز لناظر الوقف من التصرفات — وظيفة ناظر الوقف هى القيام بمصالحه والاعتناء بأموره من اجارة مستغلاته وتحصيل أجوره وغلاته ، وصرف ما اجتمع منها فى مصارفه الشرعية على ما شرطه الواقف . وأول ما يفعله الناظر فى غلة الوقف البدء بعمارة عقاراته واصلاحها وأجرة القوام وأداء ما يكون استدانه على الوقف بأمر الحاكم عند عدم وجود غلة لعماراته وان لم يشترطها الواقف . ويجب عليه أن يجرى فى جميع تصرفاته النظر والغبطة لمصلحة الوقف المقيدة بها ولايته ، ولا ينبغى له أن يقصر فى العمل المكلف به أمثاله .

ويمثل الناظر الوقف فى كل الخصومات التى له والتى عليه ، سواء أكانت الخصومة متعلقة بالعين أم بالريع . ولا ضرورة لادخال المستحقين فيها .

ولا يصح رفع الدعاوى على الناظر الا فيما يتعلق بنظارته . أما فيما يمس بالوقف نفسه ، مثل الطعن لصدور الوقفية فى مرض موت الواقف ، فلا يصح مخاصمة الناظر فيه ، بل يجب اختصام المستحقين فى الوقف ، لأن الناظر غير قائم مقامهم ، وليس هو وكيلا عنهم يقوم مقامهم فى المنازعات الخارجة عن نظارته .

٣٨٧ — ما لا يجوز للناظر من التصرفات — تولية نظار الأوقاف اما أن تكون من قبل الواقف بالنص على شخص معين بالذات ، أو بتعيين شخص أو أكثر بشروط ينتخب الحائز لها ، واما أن تكون من قبل الحاكم الشرعى الحائز للولاية على الأوقاف . وفى كلتا الحالتين لا يملك الناظر التنازل عن النظارة لشخص آخر ، الا اذا كان منح هذا الحق بشرط الواقف ، فاذا لم يمنح

فيكون التعيين عنـد تنازله مختصا بالحاكم الشرعى ، مراعيا فى ذلك شرط الواقف ان وجد ، أو جاريا على ماله من حق الولاية . فان تنازل ناظر عن ادارة الوقف ، وسلمها لشخص غيره ، فلا يمكن اعتبار ذلك الشخص الآخر ناظرا على الوقف ، بل يعتبر أنه وكيل عن الناظر فى ادارته وأن التنازل لم يسلب المتنازل حق النظارة ، فيستمر معتبرا بهذه الصفة حتى يقبل منه الحاكم تنازله أو يعزله أو يتوفى .

ولا يملك التنازل عن حق ارتفاق مقرر للعين الموقوفة .

وليس له أن يعطى الجار حق ارتفاق ، كحق المطل على عقار الوقف ، لأن الارتفاق هو حق عينى فى تقريره تصرف فى الوقف .

وليس للناظر أن يجرى الأعمال التى تعتبر شـبه تصرف ، كالحـكر ، والاجارتين ، وخلو الانتفاع ، الا باذن القاضى ، أو اذا أجاز كتاب الوقف ذلك (١) .

وليس للناظر الاستدانة على الوقف الا باذن صريح من القاضى ، ومسوغ من المسوغات الشرعية ، كعمارة العين الموقوفة اذا لم يكن للوقف مال للصرف منه على العمارة ولم يقبل أحد أن يستأجرها و يصرف على العمارة من الغلة .

ولا يملك الناظر استبدال أعيان الوقف الا اذا كان حق الاستبدال مشروطا له فى كتاب الوقف ، أما اذا خلا كتاب الوقف من النص ، أو نص صراحة على عدم جواز الاستبدال ، فلا يملك الناظر الاستبدال الا باذن القاضى .

---

(١) وحكم بأنه وان كانت المـادة ٥٢٤ مدنى أعطت الحق لمن يعامل الوكيل الذى يعمل على ذمة موكله بالرجوع على الموكل الا أن هذا الرجوع يكون فى حالة ما لو كان يجهل المتعامل حدود سلطة من يتعامل معه . ولما كان يجب على من تعامل مع ناظر الوقف أن يعرف مقدار ما أباحه كتاب الوقف أو تقرير النظر لهذا الناظر من التصرفات ، بطلبه الاطلاع على الـكتاب والتقرير المذكورين ، فاذا كان فى تلك المعاملة ما يتجاوز حدود سلطة الناظر ، واستوجب الحال لالغاء عقوده ، لم يكن الوقف مسئولا عن نتيجة هذا الالغاء ، بل كانت المسئولية شخصيا على الناظر فقط (استئناف ١٩ ديسمبر ١٩٠١ الحقوق ١٨ ص ١٠٦ خانكى بك ١٧٥) .

اجارة أعيان الوقف

٣٨٨ — **من يملك اجارة الوقف** — للناظر وحده ولاية اجارة الوقف ، فلا يملكها الموقوف عليه الا اذا كان متوليا من قبل الواقف ، أو مأذونا له ممن له ولاية الاجارة من ناظر أو قاض . وولاية قبض الأجرة للناظر ، لا للموقوف عليه ، الا اذا أذن له الناظر بقبضها [١] .

٣٨٩ — **من له استئجار الوقف** — ليس للناظر أن يؤجر أعيان الوقف ، ولو بأجر المثل ، لنفسه ولا لولده الذى هو فى ولايته شرعا .

ولا يوجد ما يمنع من أن يستأجر أحد المستحقين أعيان الوقف .

٣٩٠ — **مدة الايجار** — من رأى بعض المحاكم أن الوقف يخضع فى الايجار لأحكام القانون ، ولا يرجع الى الشريعة الاسلامية الا فيما كان متعلقا بأصله ، والايجار عمل من أعمال الادارة . وعلى ذلك تطبق المادة ٣٦٤/٤٤٧ من المجموعة المدنية ، التى تنص على أن الايجار المعقود من وصى أو ولى شرعى لا يجوز أن يكون الا لمدة ثلاث سنين ، ما لم تأذن المحكمة التى من خصائصها الحكم فى مسائل الأوصياء بأزيد منها [٢] .

ونحن نميل الى الرأى الآخر الذى يقول بالرجوع الى أحكام الشريعة الاسلامية فى ايجار الوقف ، لأن هذه الأحكام متصلة بطبيعة الوقف وبالوظيفة التى يؤديها ، وهو نظام اسلامى محض [٣] .

---

(١) مرشد الحيران المادتان ٦٨١ و ٦٨٢ ، وقانون العدل والانصاف المادتان ٢٧١ و ٢٧٢ .

(٢) استئناف مختلط ١٧ فبراير ١٩١٠ (٢٢ ص ١٥٢) — مصر الابتدائية الأهلية ١٨٩٧ المحاكم ٢ ص ١٢٣٩ خانكى بك ٣٥٢ .

(٣) راجع استئناف مختلط ٢٢ فبراير ١٩١٢ (٢٤ ص ١٦٤) ، ١٧ يناير ١٩٢٨ (٤٠ ص ١٤٢) — عقد الايجار للدكتور السنهورى رقم ٦٤ ص ٨٤ .

وبمقتضى أحكام الشريعة يراعى شرط الواقف فى اجارة أعيان وقفه ، فان عين الواقف مدة الاجارة اتبع شرطه ، وليس للمتولى مخالفته . فاذا كانت اجارتها أكثر من تلك المدة أنفع للوقف وأهله ، يرفع المتولى الأمر الى القاضى ليؤجرها المدة التى يراها أصلح للوقف .

فاذا عين الواقف المدة ، واشترط ألا تؤجر أكثر منها ، الا اذا كان أنفع للوقف وأهله ، فللقيم أن يؤجرها المدة التى يراها خيرا للوقف وأهله بدون اذن القاضى .

واذا أهمل الواقف تعيين مدة الاجارة فى الوقفية تؤجر الدار والحانوت سنة والأرض ثلاث سنين ، الا اذا كانت المصلحة تقتضى الزيادة فى اجارة الدار والحانوت ، أو النقص فى اجارة الأرض .

ولا يجوز لغير اضطرار اجارة دار الوقف أو أرضه اجارة طويلة ، ولو بعقود مترادفة . فاذا اضطر الى ذلك لحاجة عمارة الوقف ، بأن تخرب ولم يكن له ريع يعمر به ، جاز لهذه الضرورة اجارتها باذن القاضى مدة طويلة بقدر ما تعمر به[1] .

هذه هى أحكام الشريعة الاسلامية ، وقد أخذت بها المحاكم الأهلية والمختلطة[2] . الا أن المحاكم المختلطة تميل الى عدم التفرقة بين الدور وأراضى الزراعة ، وتجعل حكمهما واحدا من حيث جواز الايجار لمدة ثلاث سنوات .

واذا عقد الناظر الاجارة لأكثر من ثلاث سنين فانها تخفض الى ثلاث .

٣٩١ — **الناظر المستحق الوحيد** — تجوز الاجارة لمدة طويلة اذا كان المؤجر هو الواقف أو الناظر المستحق الوحيد له . وتكون هذه الاجارة نافذة ما دام المؤجر على قيد الحياة . ولكن يجب مراعاة ما يأتى :

(١) يشترط ألا يكون فى تصرفه خطر على ذات العين الموقوفة .

---

(١) مرشد الحيران المواد ٦٨٣ — ٦٨٧ ، قانون العدل والانصاف المواد ٢٧٣ — ٢٧٧ .

(٢) راجع كتابنا « الملكية والحقوق العينية » ١ نبذة ٤٦٠ وما بعدها .

(٢) لا يلزم المستحق من بعده أن يحترم الا العقد الجارى يوم الوفاة الذى لا تزيد مدته على ثلاث سنوات .

واذا شرط الواقف عدم جواز الايجار مدة تزيد على ثلاث سنوات فليس لناظر الوقف مخالفة شرطه ، ولو كان المستحق الوحيد للوقف .

٣٩٢ — أجر المثل — ليس للناظر أن يؤجر أعيان الوقف بأجر أقل من أجر المثل ، الا بغبن يسير لا يتجاوز الخمس ، ولو كان المؤجر هو المستحق الذى له ولاية التصرف فى الوقف . واذا آجر المتولى الوقف بغبن فاحش لا يدخل تحت التقويم نقصا فى أجر المثل فالاجارة فاسدة ، ويلزم المستأجر اتمام أجر المثل ، ودفع ما نقص منه فى المدة الماضية من حين العقد[1] .

واذا آجر المتولى دار الوقف أو أرضه مدة معلومة ، فنقص أجر المثل قبل انتهائها عما كان وقت العقد ، فلا ينقص شىء من الأجر المسمى ، ولا يفسخ العقد ، لما يترتب على الفسخ من لحوق الضرر بالوقف ، ولأن الناظر لا يملك الاقالة الا اذا كان فيها خير للوقف وللموقوف عليهم ، وهو غير موجود هنا .

واذا زاد أجر المثل زيادة يسيرة فلا يلتفت اليها ، ويبقى العقد الى انتهاء المدة . ولا يدفع المستأجر الا ما اتفق عليه فى العقد . والزيادة اليسيرة هى ما تقدر بخمس الأجرة المتفق عليها .

واذا زاد أجر المثل فى نفسه لكثرة الرغبات العمومية فيه ، لا لتعنت ، فى أثناء مدة الاجارة ، زيادة فاحشة ، تعرض على المستأجر ، فان رضيها فهو أولى من غيره ، ويعقد معه عقد ثان بالأجرة الثانيــة من حين قبولها الى تمـام مدة الاجارة ، ولا يلزمه الا المسمى عن المدة المـاضية . واذا لم يقبل المستأجر الزيادة المعتبرة العارضة فى أثناء مدة الاجارة يفسخ العقد ويؤجر لغيره ، ما لم تكن العين المستأجرة مشغولة بزراعته . فاذا كانت كذلك يتربص الى أن يستحصد الزرع ،

---

(١) مرشــد الحيران المــادتان ٦٨٨ و ٦٨٩ ، قانون العــدل والانصاف المــادتان ٢٧٨ و ٢٧٩ .

وتضاف عليه الزيادة من وقتها الى حصاد الزرع وفسخ العقد[1] .

ووجه الحكم المتقدم أن فى اعتبار الزيادة مراعاة لمصلحة الوقف ، ولا ضرر على المستأجر ، لأنه لم يلزم بأكثر من أجر المثل .

ومن رأى بعض الفقهاء أنه لا يعتد بالزيادة ، لأن أجر المثل انما يعتبر وقت العقد ، وفى وقته كان المسمى أجر المثل ، فلا يضر التغيير بعد ذلك ، ولأن المستأجر ملك المنفعة فى وقت محدود بأجر مخصوص ، فلا يبطل حقه ، ولأى شىء لو نقص أجر المثل لم نراع المستأجر ، ولو زاد نراعى الوقف . وهـذا الرأى وجيه . وقد أخذت به محكمة الاستئناف المختلطة[2] .

الحكر

٣٩٣ — ماهيته — منشأ الحكر الشريعة الاسلامية . ولم تنص عليه المجموعة المدنية . ولبيان ماهيته وأحكامه يجب الرجوع الى قواعد الشريعة . والحكر هو عقد اجارة يقصد به استبقاء الأرض الموقوفة مقررة للبناء والتعلى وللغراس أو لأحدهما . والمحكر مؤجر ، والمحتكر مستأجر . وبمقتضاه يدفع المحتكر أجرة شهرية أو سنوية ، ويستمر منتفعا بالعين ، سواء أكانت مبنية أو بها غراس أم لا . والأصل أن يكون الحكر لمدة غير معينة ، وفى هـذه الحالة يكون مؤبدا ، وللمحتكر حق القرار فيه . ولـكن يجوز أن يكون لأجل طويل معين .

وسواء أكان انشاء الحكر مؤبدا ، أم لمدة طويلة ، فانه يعتبر حقا عينيا متفرعا عن حق الملكية ، اذ أن الوقف لا يحتفظ الا بالرقبة ، ويصبح للمحتكر حق الانتفاع الذى يتصرف فيه كما يشاء فى حدود العقد المنشىء للحكر .

وتنظم حقوق طرفيه الشروط التى تذكر فى الاشهاد الشرعى الصادر به .

---

(١) مرشد الحيران المادة ٦٩٠ وما بعدها ، قانون العدل والانصاف المادة ٢٨٠ وما بعدها .

(٢) استئناف مختلط ٨ يناير ١٩١٨ (٣٠ ص ١٣٢) .

والحكمة التى من أجلها أجيز هذا العقد هى أن العين التى يقرر عليها الحكر تكون فى حالة لا ينتفع بها ، ولهذا السبب أباحت الشريعة للقاضى تحكيرها اذا توافرت الشروط التى سنذكرها فيما يلى .

٣٩٤ — شروطه — يشترط لصحة الحكر عدة شروط ، وهى :

(١) أن تكون العين الموقوفة تخربت وتعطل الانتفاع بها بالكلية .

(٢) ألا يكون للوقف ريع تعمر به .

(٣) ألا يوجد من يرغب فى استئجارها مدة مستقبلة بأجرة معجلة تصرف فى عمارتها .

(٤) ألا يمكن استبدالها .

وقد ذكرت الشروط المتقدمة فى المادة ٣٣٢ من قانون العدل والانصاف للمرحوم محمد قدرى باشا [١] .

ويجب أن يكون التحكير بأجر المثل ، ولو كان المستاجر هو المستحق .

ولا يكفى الايجاب والقبول لانعقاد الحكر اذا كانت العين المحكرة موقوفة ، بل يجب أن يكون عقد الحكر بالكتابة ، وأن يسجل فى المحكمة الشرعية .

ولا يجوز للناظر أن يعطى الوقف بالحكر كما تقدم ، لأنه ليس له الا الادارة ، والحكر حق عينى وشبه تصرف ، اذ بمقتضاه تصير المبانى أو الغراس ملكا للمحتكر ، فيجب اذن القاضى ، والا كان الحكر باطلا .

٣٩٥ — الاشتباه بالاجارة — الحكر عقد يشبه عقد الايجار ،

---

(١) غير أن الأستاذ الشيخ أحمد ابراهيم بك يذكر فى بحثه « التزام التبرعات » : أن فى المادة ٣٣٢ المتقدمة شرط للحكر عدم امكان الاستبدال ، ولا نعلم من أين جاء بهذا الشرط ، لأن الحكر قد يتحقق بدون اشتراط أى شرط مما ذكر فى المادة ، فان كان المراد القول أن الحكر لا يلجأ اليه الا بعد توافر الشروط المذكورة ، فهذا لا دليل عليه ، بل الحكر قد يتحقق مع امكان الاستبدال ، واذا كان المراد القول أن الحكر مع تحقق هذه الشروط جائز ، كان هذا صحيحا ، لكنه أيضا جائز على النحو المتقدم بدونها ، وان كان المراد القول ان هذه الحالة يتحتم فيها الحكر ويتعين ، لأنه لم يبق أمامنا غيره فحسن ، لكن الحكر قد يوجد جوازا بدون ذلك (التزام التبرعات نبذة ٢١٢) .

الا أن له خصائص معينة لا توجد فى الايجار . فيوجد بين عقد الايجار والحكر الفروق الآتية :

(١) لا يخول عقد الايجار المستأجر الا حقا شخصيا قبل المؤجر . أما الحكر فبمقتضاه يوجد حق عينى تتحمله العين فى يد كل حائز لها .

(٢) عقد الايجار مؤقت . أما الحكر فمؤبد أو لمدة طويلة .

(٣) الأجرة فى الحكر هى أجرة المثل ، فتزيد وتنقص . أما فى عقد الايجار فالأجرة ثابتة .

(٤) بالحكر تتجزأ الملكية ، فالمحتكر يكون له الانتفاع ، ويلتزم بالبناء أو بالغرس . وقد يلزم بدفع مبلغ من المال نقدا . ومتى أقيمت المبانى أو غرس الغراس أصبحت حقوق المحتكر مطلقة ، ولا يلزم الا بدفع الأجرة التى هى أشبه شىء بالايرادات المرتبة ، ويكون له أن يبيع ما يحدثه من البناء أو الغراس ، أو يهبه ، أو يقفه ، ويورث عنه على اعتباره ملكا خاصا له .

٣٩٦ — الاشتباه بعقد الامفتيوز Emphythéose — منشأ عقد الأمفتيوز القانون الرومانى ، وأخذه منه القانون الفرنسى القديم . وقد حدد قانون ١٨ ديسمبر سنة ١٧٩٠ الفرنسى أقصى مدة له تسعا وتسعين سنة . ولم يأت ذكره فى المجموعة الفرنسية . ولكن صدر قانون ٢٥ يونيه سنة ١٩٠٢ منظما له . ويختلف عن عقد الايجار فى أن مدته طويلة ، اذ تكون من ١٨ سنة الى ٩٩ سنة . والمستأجر فيه يلتزم عادة باصلاح الأرض وجعلها قابلة للزراعة . وحق المستأجر فيه عينى ، فيجوز رهنه . فيشبه بذلك عقد الحكر . الا أن الحقين يختلفان فيما يأتى :

(١) الأجرة فى الحكر هى أجرة المثل ، وتزيد وتنقص كما سيجىء . أما فى الأمفتيوز فالأجرة ثابتة .

(٢) الحكر قد يكون مؤبدا ، وقد يكون لأجل طويل معين ، كما تقدم . أما عقد الأمفتيوز فلا يجوز أن تزيد مدته على تسع وتسعين سنة .

٣٩٧ — **حقوق المحتكر** — للمحتكر أن ينتفع بالعقار الى الأبد أو المدة المتفق عليها . وله أن يتصرف فى حقه . وله حق البناء أو الغراس على الأرض . وله أن يحدث اصلاحا فى العقار وأن يغير فيه ، بشرط ألا ينقص من قيمته .

والبناء الذى يبنيه المحتكر والغراس الذى يغرسه فى الأرض المحتكرة يكون ملكا خالصا له ، و يجوز له اجارته و بيعه وهبته ووقفه ، و يورث عنه كما تقدم .

وللمحتكر أن يرفع دعاوى وضع اليد ، ودعوى الاستحقاق .

٣٩٨ — **التزامات المحتكر** — على المحتكر دفع أجرة الأرض . وتسرى على أجرة الحكر القواعد الخاصة بالأجرة فى عقد الايجار . فيسقط الحق فى المطالبة بأجرة الحكر بمضى خمس سنوات .

٣٩٩ — **أجرة الحكر** — أجرة الحكر هى أجرة المثل ، وهى غير ثابتة ، بل تقبل الزيادة والنقصان بحسب الزمان والمكان [١] .

واذا زادت أجرة المثل زيادة فاحشة ، فان كانت الزيادة بسبب بناء المحتكر أو غراسه ، فلا تلزمه الزيادة . وان كانت زيادة أجرة الأرض من نفسها ، لكثرة رغبات الناس فى الصقع ، تلزمه الزيادة اتماما لأجر المثل . فلا يزاد الحكر على الأرض المحتكرة لو كانت خربة فأحياها المحتكر بعمله ، ولكن يزاد ان كان الاحياء ناشئا عن حفر الحكومة لترع أو مصارف فى الجهة التى فيها الأرض ، أو فتح طريق ، أو انشاء خطوط مواصلات جديدة ، أو كانت الأرض المحتكرة فى مدينة صغيرة ، ثم نمت وصارت آهلة بالسكان ، وارتفعت أسعار الاجارة فيها .

وقد حكم بأنه اذا جازت زيادة أو نقصان الحكر فذلك لا يكون الا وفقا للشروط المبينة بحجة الانشاء اذا وجدت بها شروط ، والا فيكون بنسبة الزيادة فى قيمة الأرض ، مع عدم الالتفات الى المبانى التى أقامها المحتكر . و يجب مراعاة ذلك فى حالتى الزيادة والنقصان [٢] .

---

(١) قانون العدل والانصاف المواد ٣٣٢ وما بعدها .

(٢) استئناف مختلط ٩ يونيه ١٩٢٥ المحاماة ٨ رقم ٢٧ ص ١١٦ — راجع قانون =

٤٠٠ — **انقضاء الحكر** — لا يكاف المحتكر برفع بنائه ولا بقلع غراسه ما دام يدفع أجرة المثل المقررة على ساحة الأرض المحتكرة خالية من البناء والغراس . ولكن ينتهى الحكر :

(١) بانقضاء المدة اذا كانت له مدة معينة .

(٢) بفسخ العقد اذا لم يدفع المحتكر الأجرة ثلاث سنوات متوالية . ولا ضرورة لانذار المستأجر بالفسخ .

(٣) اذا مات المحتكر قبل أن يبنى أو يغرس فى الأرض المحتكرة انفسخت الاجارة ، وليس لورثته البناء أو الغراس الا باذن من الناظر [١] .

(٤) بشراء المحتكر من الوقف حقوقه على العقار المحكر ، ويكون هذا بطريق الاستبدال . وكذلك ينتهى الحكر اذا اشترى الوقف حق المحتكر [٢] .

(٥) تزول صفة الوقف عن الأرض ، ويسقط حق الحكر المقرر عليها اذا دخلت ضمن الأملاك العامة [٣] .

٤٠١ — **اكتساب الحكر بمضى المدة** — يجوز اكتساب الحكر بوضع اليد على أرض الوقف ودفع الأجرة كمحتكر ، وتمام مدة التقادم .

ولكن لا يجوز اكتساب الأرض المحتكرة بالتقادم ، لأن يد المحتكر على العقار عرضية . غير أنه اذا غير صفة يده ، وظهر وضع يده بصفة مالك فانه يجوز له أن يكتسب ملكية الأرض المحتكرة بمضى المدة وفقا للقواعد العامة .

٤٠٢ — **الحكر فى الأعيان المملوكة** — الحكر كما يكون فى الأرض الموقوفة يجوز أن يكون أيضا فى الأرض المملوكة .

= العدل والانصاف المادة ٣٣٧ — وراجع ، فيما يختص بتقدير الأجرة ، كتابنا «الملكية والحقوق العينية » الجزء الأول نبذة ٤٧٤ وما بعدها .

(١) قانون العدل والانصاف المادة ٣٤١ — مرشد الحيران المادة ٥٩٥ .

(٢) راجع قرار مجلس الأوقاف الأعلى ، المحاماة ٦ رقم ٤١٢ ص ٩٦٧ .

(٣) استئناف مصر الأهلية ٤ فبراير ١٨٩٧ ، مختلط ١٧ مايو ١٨٩٤ (٦ ص ٢٨٢) .

ولا يتعارض ذلك مع الرأى القـائل بعدم جواز انشاء حقوق عينية غير المذكورة فى القانون ، فان الحـكر ، كما تقدم ، هو حق متفرع عن حق الملـكية ، ويكون له خصائص الحق العينى ، بناء على أنه جزء من الملـكية [1] .

والحـكر المقرر على أرض مملوكة باتفاق صريح بين المحـكر والمحتكر لا يقبل الزيادة ، ولو تصقعت الأرض ، اذا لم يكن المالك قد حفظ لنفسه فى عقد التحكير حق زيادة الحـكر .

عقد الاجارتين

٤٠٣ — عقد الاجارتين هو عقد به تؤجر جهة الوقف عقارا مبنيا اجارة مستمرة ، على شرط أن يدفع المستأجر ، مقدما ، وقت التعاقد ، مبلغا مقدرا على سبيل التبرع ، لجهة الوقف ، مع دفع أجرة سـنوية ، وأن يقوم بحفظ العين وصيانتها بمصاريف من عنده مهما بلغت [2] . فهو يقرب من الحـكر .

وفائدته ، كما فى الحـكر ، أن يستغل الوقف عقارا مبنيا لا يستطيع أن يقوم بمصاريف صيانته .

٤٠٤ — **الاشتباه بالحكر** — يشبه عقد الاجارتين الحكر فى : (١) أنه مثله مؤبد ، الا اذا اتفق على مدة معينة ، و (٢) أنه يعطى حقا عينيا يجوز بمقتضاه للمستأجر أن يتصرف فى حقه بمقابل أو بغير مقابل و ينتقل الى ورثته ، و (٣) أن الأجرة تزيد وتنقص بحسب الزمان والمـكان .

و يختلفان فى الوجوه الآتية :

(١) عقد الاجارتين لا يكون الا فى الوقف . أما الحـكر فيكون فى الوقف وفى الملك .

---

(١) راجع نبذة ١٥٤ .

(٢) هـذا العقد لا وجود له فى كتب الفقه الاسلامى ، على ما نعلم ، ويظهر أنه نظام أوجدته الدولة العثمانية . ولعـل السبب فى تسميته الاجارتين أنه اعتبر ما يدفعه المنتفع أولا على سبيل التبرع أجرة ، وما يدفعه ثانيا كل سنة أجرة أيضـا ، وعلى ذلك يكون الأولى تسميته عقد الأجرتين ، لا الاجارتين .

(٢) محل عقد الاجارتين عقار مبنى دائما ، أما الحكر فيكون محله عقارا مبنيا أو أرضا زراعية .

(٣) يدفع المستأجر فى عقد الايجارتين مبلغا مقدرا على سبيل التبرع ، وكذلك يدفع أجرة سنوية . أما فى الحكر فيدفع المحتكر أجرة المثل فقط .

٤٠٥ — *اللائحة العثمانية المؤرخة ٧ صفر سنة ١٢٨٤*[١] — هذه اللائحة خاصة بالعقارات الموقوفة المعروفة بالمسقفات والمستغلات المؤجرة بعقد الاجارتين . والفرق بين المسقفات والمستغلات هو أنه يقصد بالمسقفات الأراضى الموقوفة التى أنشىء عليها مبان من أى نوع ، وبالمستغلات العقارات الموقوفة فى المدن الخالية من المبانى المنتجة غلة أو ريعا . وقد أجازت اللائحة المذكورة حق الارث فيها للأولاد ذكورا وأناثا بحصص متساوية . وفى نظير المزايا التى خولتها اللائحة ، بتوسيع حق الوراثة والغاء الحرمان من الارث ، زيد القسط السنوى للعقارات بنسبة تتفق وقيمة العقارات ، ونص على أن هذه النسبة تحدد بلائحة خاصة[٢] .

خلو الانتفاع

٤٠٦ — خلو الانتفاع هو اجارة الوقف لزمن غير معين ، سواء أكانت أرض الوقف مبنية أم لا ، وفيها يلزم المستأجر باصلاح الشىء المؤجر ، ويدفع أجرة مقدرة لا تتغير .

والغرض منه ، كما فى الحكر والاجارتين ، المحافظة على أعيان الوقف التى ليس لها مال ولا ريع ، أو لها ولكنه يضيق عن الصرف على الانشاء والعمارة والتجديد والترميم .

ولا يعطى لصاحب المنفعة حقا عينيا على العقار ، بل يعطيه حقا شخصيا مؤقتا

---

(١) راجع المادة ٣٧/١٨ ، وما تقدم نبذة ٣٦٨ .

(٢) راجع نص لائحة ٧ صفر سنة ١٢٨٤ فى كتابنا « الملكية والحقوق العينية » الجزء الأول نبذة ٤٨٨ ، وفى مجموعتنا المدنية تحت المادة ١٨ .

وكما فى الحكر والاجارتين لا بد فيه من اذن القاضى .

ولا يجوز اكتساب الخلو بمضى المدة مهما طالت .

٤٠٧ — **الاشتباه بالحكر والاجارتين** — يشبه خلو الانتفاع عقدى التحكير والاجارتين فى أنه يقبل التوارث فيه والفراغ عنه للغير .

ويختلف عنهما فى أنه لا يعطى صاحبه حق الانتفاع والقرار مؤبدا ، بل يخوله حقا مؤقتا يسقط بمجرد رجوع جهة الوقف فيه ، فيجوز لجهة الوقف فسخ العقد فى أى وقت واسترداد العقار ، بشرط أن يدفع الى المستأجر مبلغ مساو لما زاد فى قيمة العقار بسبب ما أجراه من الاصلاحات الضرورية والنافعة .

ويختلف عنهما أيضا فى أن محل الخلو ليس انشاء عمارات جديدة ، بل محله حفظ واصلاح العمارات الموجودة المحتاجة للمرمة الضرورية .

ويلاحظ أنه يجوز أن يكون العقار محملا فى نفس الوقت بالحكر وبخلو الانتفاع ، لأن هذين الحقين مستقل كل منهما عن الآخر .

٤٠٨ — **الاشتباه بعقد الاجارة** — يشبه الخلو عقد الايجار . ولكن يختلف صاحب الخلو عن المستأجر فى أن مدة انتفاع الأول غير معينة ، وأنه يفضل على كل من عداه ممن يرغبون استئجار العقار ، ما دام أنه يدفع أجر المثل ، وأن الوقف لا يصح له اخراجه ما لم يرد له المبلغ الذى دفعه ، أو يعوض عليه بقيمة ما صرفه فى اقامة البناء أو فى ترميمه وتحسينه .

٤٠٩ — **الخلو فى الأعيان المملوكة** — كما يجوز أن يكون الخلو على عين موقوفة يجوز أيضا أن يكون على عين غير موقوفة .

الاختصاص بنظر مسائل الوقف

٤١٠ — تنص المادة ١٦ من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية على أنه ليس للمحاكم الأهلية « أن تنظر فى المنازعات المتعلقة بالدين العمومى ، أو بأساس ربط الأموال الميرية ، ولا فى المسائل المتعلقة بأصل الوقف Contestations relatives à la constitution des wakfs ، ولا فى مسائل الأنكحة ، وما يتعلق بها من

قضايا المهر والنفقة وغيرها ، ولا فى مسائل الهبة والوصية والمواريث وغيرها مما يتعلق بالأحوال الشخصية ، ولا يجوز لها أن تؤول الأحكام التى تصدر فيها من الجهة المختصة بها » .

واستثناء أصل الوقف ، بمقتضى المادة ١٦ ، يدل على أن المحاكم الأهلية مختصة بالنظر فى جميع المنازعات المتعلقة بالأوقاف ، عدا ما كان منها متعلقا « بأصل الوقف » .

٤١١ — أصل الوقف — قد اختلفت المحاكم اختلافا كبيرا فى تفسير عبارة « أصل الوقف » .

وقد طرح الموضوع فى سنة ١٩٢٨ على دوائر محكمة الاستئناف الأهلية مجتمعة ، لتناقض الأحكام فى اختصاص المحكمة التى تفصل فى كون الوقف حصل فى مرض الموت أو لا . وقد قررت الدوائر المجتمعة أن نص المادة ١٦ من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية قد منع تلك المحاكم من نظر المسائل المتعلقة بأصل الوقف ، ولم يذهب فى المنع بشأن الوقف الى أبعد من تأويل الأحكام التى تصدر من الجهات المختصة . أما ورود عبارة « وغيرها مما يتعلق بالأحوال الشخصية » التى جاءت بعد كلمتى الوصية والمواريث فلا يمكن بأية حال تأويلها بأنها تشمل أمورا أخرى ترتبط بالوقف غير أصله ، والا كان فى ذلك تحميل الألفاظ معانى غير معانيها ، وكان فى هذا التحميل هدم لاتساق عبارة المادة وتشويش على انسجامها المنطقى . وجاء فى حكم الدوائر المجتمعة أن أصل الوقف ، على ما اصطلح عليه الفقهاء ، لا يجمع من المسائل التى تعتبر متعلقة به الا ما توقفت عليه صحته من شروط فى الصيغة أو فى الواقف أو فى الموقوف أو فى الجهة الموقوف عليها (١) . واذن فكون الواقف مريضا مرض الموت لا شأن له بأصل الوقف ، لأنه لا يتعلق بأهلية الواقف ، وانما يتعلق بنفاذ الوقف بالرغم من صحته ، لأن تصرفات المريض

---

(١) استئناف مصر الأهلية (دوائر مجتمعة) ٥ ابريل سنة ١٩٢٨ المحاماة ٨ رقم ٤٦٠ ص ٧٥٥ المجموعة ٢٩ رقم ٦٣ ص ١٣٨ .

صحيحة فى ذاتها ، وانما يتوقف نفاذها على اجازة الورثة لتعلق حقهم بالتركة بحكم الشرع والقانون .

ولكن محكمة النقض والابرام [١] قررت أن أصل الوقف هو ذات عقد الوقف لا أكثر ولا أقل ، فاذا كان النص العربى للمادة ١٦ هو « ليس لهذه المحاكم أن تنظر فى المسائل المتعلقة بأصل الأوقاف » ، فان هذا النص يساوى بالضبط « ليس لهذه المحاكم أن تنظر فى المسائل المتعلقة بعقد الوقف » . وعليه فالمحاكم الأهلية ممنوعة منعا باتا من نظر أى نزاع يقوم بشأن أى تقرير من التقارير التى تشتمل عليها كتب الوقف ، أى سواء أكان التقرير هو من ذات أصل عقد الوقف أم كان من محتويات شرط من شروط عقد الوقف ، ومنعها من النظر فى ذلك يقتضى منعها حتما من أن تفسر أية عبارة من عبارات كتب الوقف ، متى كانت غامضة وكان تفسيرها على وجه دون آخر يعطى حقا أو يهدر حقا ، بل كل ذلك من اختصاص المحاكم الشرعية وحدها . واذن فدعوى الوارث بطلان وقف مورثه لحصوله فى مرض الموت هى دعوى تثير نزاعا فى مسألة أهلية هذا الواقف للتبرع لوارثه أو عدم أهليته ، أو مسألة تعلق حق الوارث بالعين الموقوفة ، فلا يملكها الواقف ملكا خاصا حتى يسوغ له حبسها عن وارثه ، وأية المسألتين متعلقة بصميم أصل الوقف من جهة صحته و بطلانه ، فهى دعوى لو ثبتت لكانت نتيجتها هدم الوقف من جهة صحته و بطلانه فعلا ، فالمحاكم الأهلية لا اختصاص لها بنظرها .

وعدم اختصاص المحاكم الأهليـة بالنظر فى المنازعات المتعلقة بأصل الوقف من مسائل النظام العام التى للمحاكم النظر فيها من تلقاء نفسها .

وعلى المحاكم الأهلية وقف حكمها فى الموضوع الأصلى المرفوع اليها (مثل طلب تقديم حساب) اذا حصل خلاف يتعلق بأصل الوقف .

---

(١) نقض ١٦ مايو ١٩٣٥ ملحق مجلة القانون والاقتصاد ٥ رقم ٦٤ ص ٢٣١ .

الباب الرابع

فى حقوق الارتفاق

Des Servitudes

٤١٢ — الاصطلاح الفرنسى لها — يطلق أحيانا على حقوق الارتفاق عبارة Servitudes réelles, ou prédiales, ou foncières ، أى حقوق الارتفاق العينيه أو العقارية ، للتفرقة بينها و بين الحقوق المرتبطة بالشخص ، والتى يطلق عليها أحيانا عبارة Servitudes personnelles ، أى حقوق الارتفاق الشخصية ، وهى حق الانتفاع ، وحق الاستعمال ، وحق السكنى .

على أن المصطلح عليه الآن هو اطلاق لفظ Servitudes على حقوق الارتفاق ، كما فعل القانون الفرنسى ، حيث سماها فى الباب الرابع من الكتاب الثانى من مجموعته المدنية : Des Servitudes ou Services fonciers ، وسماها Services fonciers ليبين أنها ليست Services personnels ، وأنها تختلف عن الارتفاقات الاقطاعية Servitudes féodales [(١)] .

والقانون المصرى عبر عنها فى النسخة الفرنسية بعبارة «Des Servitudes» .

٤١٣ — تعريف حق الارتفاق — عرفت المادة ٥١/٣٠ حق الارتفاق بالتعريف الآتى :

« الارتفاق هو تكليف مقرر على عقار لمنفعة عقار آخر أو لمنفعة الميرى [(٢)] . . . » .

«La servitude est une charge imposée à un immeuble au profit d'un autre immeuble ou de l'Etat...».

---

(١) وليزيل الشارع الفرنسى كل شك نص فى المـادة ٦٣٨ على أنه « لا ينشىء حق الارتفاق أى امتياز لعقـار على آخر » La servitude n'établit aucune prééminence d'un héritage sur l'autre.

(٢) عبارة « أو لمنفعة الميرى » غير مذكورة فى المادة ٥١ من المجموعة المختلطة .

وهذا التعريف مأخوذ من المادة ٦٣٧ من المجموعة الفرنسية التى جاء فيها : « الارتفاق هو تكليف مقرر على عقار لاستعمال ومنفعة عقار مملوك لمالك آخر » .

ولم يذكر القانون المصرى الجزء الأخير من التعريف الفرنسى ، مع أنه شرط لازم ، اذ يجب أن يكون العقاران مملوكين لشخصين مختلفين ، لأنهما لو كانا مملوكين لشخص واحد فانه يكون لهذا الشخص ، بمقتضى حق ملكيته ، أن يتصرف فيهما كما يشاء ، ويقرر عليهما ما يريده من الطرق وحقوق المرور والترع والمصارف وغيرها من حقوق الارتفاق ، ولكن لا يمكن انشاء شيء من ذلك على ملك الغير الا بمقتضى اتفاق أو بمقتضى القانون ، كأن يتفق (أحمد) على تقرير حق مرور على أرضه لمنفعة عقار مملوك (لمحمد) ، أو أن يتفق على ألا يبنى على أرضه ، أو على ألا يعلى داره أكثر من ارتفاع معين حتى لا يمنع عن ملك (محمد) الهواء والنور ، أو يحجب عنه منظرا جميلا الخ .

٤١٤ — **شروط الارتفاق** — يلزم أن تتوافر فى حق الارتفاق الشروط الثلاثة الآتية :

(١) أن يقرر تكليف على عقار .

(٢) أن يقرر التكليف لمنفعة عقار مملوك لمالك آخر .

(٣) أن يوجد ارتفاق حقيقى .

٤١٥ — (١) **أن يقرر تكليف على عقار** — يجب أن يقرر تكليف على أحد العقارين ، ويجب أن يكون هذا العقار عقارا بطبيعته[١] ، كما سيجىء ، ويقال له العقار المرتفق به ، أو العقار الخادم fonds servant[٢] . وحق الارتفاق ينقص من منفعة هذا العقار ، وبالتالى من قيمته .

---

(١) héritage ، كما يقول القانون الفرنسى .

(٢) أو كما سماه القانون الفرنسى : fonds assujetti (فى المواد ٦٩٩ — ٧٠١) ، أو fonds asservi (فى المادة ٦٩٥) ، أو fonds débiteur de la servitude (فى المادة ٧٠١) .

واذا كان التكليف على شخص لمصلحة عقار فلا يعتبر ارتفاقا ، كالالتزام بخدمة أرض أو زراعتها .

٤١٦ — (٢) **أن يقرر التكليف لمنفعة عقار مملوك لآخر** — يجب أن يقرر التكليف لمنفعة عقار ، وأن يكون هذا العقار مملوكا لشخص آخر غير مالك العقار المرتفق به ، ويجب أن يكون عقارا بطبيعته ، ويسمى العقار المرتفق أو المخدوم أو المنتفع fonds dominant . وحق الارتفاق يزيد فى منفعة هذا العقار ويكثر من قيمته . ولمالك هذا العقار أو لمن له حق الانتفاع بهذا العقار أن ينتفع بالارتفاق ، ولكنه ينتفع به بصفته هذه ، لا باعتبار الارتفاق تكليفا مقررا لشخصه .

أما اذا كان التكليف لمنفعة شخص فلا يعتبر ارتفاقا . فالحق فى التنزه فى حديقة غيره ، أو فى قطف أزهار منها ، أو فى الصيد chasse et pêche ، لا يعتبر حق ارتفاق .

وقد ذكر فى المادة ٣٠ مدنى أهلى أن الارتفاق يكون أيضا لمنفعة « الميرى l'Etat » ، ويقصد بذلك الارتفاق الذى يقرر للمصلحة العامة [١] . غير أنه يلاحظ أن المادة ٥١ من القانون المختلط لم تذكر هذه العبارة فى التعريف .

٤١٧ — فالارتفاق يكون بين عقار وعقار ، لا بين شخصين ، ولا بين شخص وعقار . فهو حق عينى متعلق بالعقار ، بصرف النظر عن شخص المالك ، ويبقى ما بقى الشىء ، بصرف النظر عن المالك ، وينتقل بانتقال العقار ، فيتبعه فى يد المالك الجديد .

٤١٨ — ولا يشترط أن يكون العقاران متجاورين ، أو قريبا أحدهما

(١) راجع ما تقدم نبذة ١٠٦ ، وما سيجىء نبذة ٥٠١ .

ويرى هالتون أن هـذا النص معناه الارتفاق المقرر لمصلحة العقارات التى هى من الأملاك العامة ، ولذلك فان هذه العبارة لا تغير شيئا من طبيعة الارتفاق ، من أنه حق مقرر على عقار لمنفعة عقار آخر (هالتون ص ٩٠) .

من الآخر ، وان كان هـذا هو الواقع فى غالب الأحوال . فحق اغتراف المياه puisage مثلا يمكن أن يوجـد لمصلحة عقار بعيد عن العقار الذى تنبع منه عين الماء .

٤١٩ — ويلزم فهم كلمة « منفعة » بمعناها الأعم ، فتشمل كل فائدة حالية أو مستقبلة تعود على العقار . فيجوز الاتفاق ، أثناء بناء منزل ، على تقرير ارتفاق لمصلحة هذا المنزل .

ويصح أن تـكون المنفعة احتمالية ، فيكون صحيحا الاتفاق الذى يقرر حق ارتفاق لمنفعة عقار لم يشيد بعد ، أو لمصلحة عقار ينوى شخص شراءه .

ولا يبقى الارتفاق اذا لم تبق منفعة منه ، بل يزول كما سيجىء .

٤٢٠ — (٣) **أنه يوجد ارتفاق حقيقى** — يشترط فى حق الارتفاق وجود تـكليف charge أو مضايقة gêne للعقار المرتفق به ، يترتب عليه نقص فى حقوق مالك هذا العقار الذى يجب عليه أن يتحمل فعل الغير . وبناء على هذا الشرط يجب ألا تعتبر حقوق ارتفاق الالتزامات المقررة فى القـانون بين الملاك المتجاورين فيما يتعلق بالمطلات أو بالغراس ، فان هذه الالتزامات ، وهى ملزمة للطرفين ، لها صفة تبادلية لا تتفق مع معنى الارتفاق ، اذ الغرض منها ليس تعيين حقوق مالك العقار ، وانما تقرير كيفية الانتفاع بالأملاك المتجاورة ، فليس القصد منها تخويل المالك اتيان بعض الأعمال على عقار الجار ، وانما القصد منها أن يبقى كل مالك فى ملـكه ، ولا يتعدى على ملك الجار .

خصائص حق الارتفاق

٤٢١ — للارتفاق الخصائص الآتية ، فهو : (١) حق عينى . (٢) حق عقارى . (٣) حق تابع . (٤) حق مؤبد . (٥) حق لا يقبل التجزئة .

وسنشرح هذه الخصائص فيما يلى :

٤٢٢ — (١) **هو عينى** — حق الارتفاق حق عينى droit réel ،

فلصاحبه حق التتبع وحق الأولوية ، ويحتج به على جميع الناس . ويحتفظ مالك العقار المرتفق بحق الارتفاق قبل كل الملاك الذين ينتقل اليهم العقار المرتفق به .

٤٢٣ — (٢) حق عقاري — الارتفاق حق عقارى droit immobilier فلا يقرر الا على عقار بطبيعته ، ولمصلحة عقار بطبيعته أيضا ، كما تقدم .

٤٢٤ — (٣) حق تابع — الارتفاق حق تابع للعقار droit accessoire ، بحيث لا يمكن فصله عنه ، ولذلك ينتقل مع العقار المحمل به أو العقار المقرر لمنفعته من يد مالك الى آخر ، وليس لمالك العقار المنتفع أن يلحق الارتفاق بعقار آخر ، أو أن يتصرف فيه من غير العقار ، كما أنه لا يجوز لمالك العقار المقرر عليه الارتفاق أن ينقل الارتفاق الى عقار آخر .

وينبنى على كون الارتفاق حقا تابعا للعقار أنه ينقضى بهلاك العقار .

٤٢٥ — حق لا يجوز التصرف فيه droit incessible — بما أن حق الارتفاق لا يوجد من غير العقارين المرتفق والمرتفق به ، فلا يجوز التصرف فيه مستقلا ، كبيعه أو اجارته أو رهنه أو حجزه .

ولكن اذا كان العقار المقرر لمصلحته حق الارتفاق مرهونا فان الرهن يشمل حق الارتفاق باعتباره من ملحقات العقار (١) .

٤٢٦ — (٤) حق مؤبد — الارتفاق حق مؤبد droit perpétuel مثل الملكية المتعلق بها ، وهذه نتيجة كونه حقا تابعا ، ولكن صفة التأبيد ليست من مستلزماته ، بل من طبيعته ، فيمكن باتفاق خاص تحديده بوقت معين .

وحق الارتفاق هو الوحيد الذى يكون مؤبدا من الحقوق العينية المرتبة على عقار الغير ، أما غيره من هذه الحقوق (حق الانتفاع — حق الاستعمال حق السكنى — الرهن التأمينى — رهن الحيازة) فمؤقت . والواقع أن حق الارتفاق لا يكون مفيدا للعقار المرتفق الفائدة الحقيقية الا اذا كان دائما .

---

(١) راجع كتابنا « التأمينات » نبذة ٢٥٥ وما بعدها .

٤٢٧ — (٥) **حق لا يقبل التجزئة** — الارتفاق لا يقبل التجزئة indivisible من حيث انشاؤه ومن حيث زواله .

وينبنى على ذلك أنه اذا كان العقار مملوكا على الشيوع لعدة أشخاص فلا يجوز تقرير حق ارتفاق عليه من غير رضاء جميع الشركاء فى الملك . ولكن اذا كان الارتفاق مقررا على عقار مشترك فان قسمته لا تخلى أى جزء منه ، فيبقى الارتفاق على كل أجزائه رغم القسمة ، الا اذا كانت طبيعته تسمح بجعله على بعض الأجزاء فقط ، وكان العقد لا يقرر طريقة استعمال تخالف ذلك [١] . وتنازل أحد الشركاء فى الملك لا يترتب عليه انقضاء الارتفاق ، فان باقى شركائه فى الملك يستمرون على استعماله .

فاذا كان العقار مثقلا بارتفاق عدم البناء ، وانتقل الى عدة ورثة ، واقتسموه ، فان كل حصة تكون محملة بحق الارتفاق .

الأموال التى يتقرر عليها حق الارتفاق

٤٢٨ — **العقارات المادية** — يجوز تقرير حقوق الارتفاق على جميع أنواع العقارات المادية [٢] .

ولا يجوز تقرير الارتفاق على الأموال الثابتة بطريق التخصيص ، ولا على العقارات المعنوية ، أى الأموال الثابتة بالنسبة للشىء المتعلقة به ، وذلك لأن حق الارتفاق يترتب عليه أعمال مادية لا يمكن حصولها الا على شىء مادى . وينبنى على ذلك أنه لا يجوز تقرير حق ارتفاق على حق ارتفاق آخر .

---

(١) راجع نبذة ٤٨٢ .

(٢) وتقضى المحاكم الفرنسية — وهو رأى بعض الشراح — بأنه لا يجوز تقرير حق الارتفاق على الأشجار ، ولو أنها عقارات بطبيعتها ما دامت متصلة بالأرض . ولكن السبب فى عدم امكان تقرير الارتفاق عليها غير مقنع ، اذ يقولون ان الأشجار بطبيعتها قابلة للتلف périssables ، فلم يعتبروا مدة وجودها كافية لتقرير حق مؤبد عليها .

فالعقارات التى يجوز تقرير حق الارتفاق عليها هى الأرض ، والمبانى التى تقام على الأرض ، وقد عبر عنها القانون الفرنسى بلفظ héritage .

٤٢٩ — **العقارات التى يجوز التعامل فيها** — يشترط فى العقار الذى يرتب عليه حق الارتفاق أن يكون مما يجوز التعامل فيه dans le commerce .

وبصفة عامة يمكن القول بأن حقوق الارتفاق التى تنشأ بعمل الانسان لا تكون الا على الأموال القابلة للتعامل[1] .

---

(١) أما بالنسبة لحقوق الارتفاق الأخرى فهناك تفصيل :

فالعقارات المعتبرة من الأموال العامة خارجة عن التعامل hors du commerce ، ومن أول وهلة يمكن القول بأنه لا يجوز أن توجد حقوق ارتفاق عليها ، ولكن يجب البحث عن التخصيص الذى تخضع له هذه الأموال ، والتفريق بين فروض ثلاثة :

(أ) اذا كان التكليف ، الذى يقرر على العقار المعتبر من الأموال العامة لمصلحة عقار مجاور ، يخالف تخصيص العقار ، أى لا يتفق مع الاستعمال الذى أعد له ، فلا يمكن تقرير حق الارتفاق عليه . وانه وان كان للحكومة أن تسمح ببعض أعمال الاستعمال فان لها أن تقف هذه الأعمال ، بدون أن يكون للمالك الذى يجريها حق فى طلب تعويض . فالمالك المجاور للطريق العام أو لميدان عمومى لا يستطيع اكتساب الحق فى أن تكون له أرائك أو درج فى الشارع ، أو أن يكون له تحت الطريق العام مجرى للماء أو قبو .

(ب) اذا كان الاستعمال المرتب لمصلحة الملاك المجاورين للعقار الداخل فى الأملاك العامة يتفق مع تخصيص العقار ، كما اذا فتحت شبابيك أو أبواب على الطريق العام ، فالمالك المجاور للطريق العام الذى يفتح هذه النوافذ لا يفعل ذلك بناء على تسامح من الادارة ، وليس للادارة أن تسترد المزايا التى ينتفع بها من غير أن تمنحه تعويضا . ولا تتردد المحاكم فى الحكم لهم بتعويض اذا ترتب على اخراج الطرق العامة من الملك العام désaffectation المساس بالانتفاع بالحقوق المكتسبة . وانما الخلاف هو فى تكييف حق الملاك المجاورين ، لأنه اذا اعتبر حق الملاك ارتفاقا فيجب أن يكون ارتفاقا من نوع خاص ، لأن الحكومة لها دائما الحق فى تغيير حالة الأمكنة وازالة صفة الملك العام عن الطرق العامة ، وبذلك تعدم حق الملاك المجاورين . فحقوق الملاك المجاورين للطريق العام ، وان كانت تشبه حقوق الارتفاق ، فانها تختلف عنها فى أن العقار الخادم يجوز تخليصه من التكليف الذى يتحمل به متى شاءت السلطة الادارية ، والتكليف الذى يتحمل به الطريق العام ليس تكليفا حقيقيا بالنسبة للعقار الذى يخضع له ، لأن المنفعة التى يجنيها الملاك المجاورون لا تنقص من فائدته . وقد نبذ بعض الشراح فكرة الارتفاق ، مقررا أن حق الملاك المجاورين للطريق العام هو نتيجة اتفاق ضمنى بينهم وبين جهة الادارة تضمنه الثقة =

٤٣٠ — التمييز بين حق الارتفاق وحق الملكية — لهذا الموضوع أهمية عظيمة لما بين حق الارتفاق وحق الملكية (أو الشيوع فى الملكية) من الفروق العديدة :

(١) لحق الملكية أو الاشتراك فى الملك يمكن اكتسابه بالتقادم المكسب . أما حقوق الارتفاق فلا تكتسب بالتقادم ، الا اذا كانت ظاهرة ومستمرة ، على الأقل فى القانون الفرنسى .

(٢) يجوز لمن له حق الملكية ، وللشريك فى الملك ، أن يرفع عند الاقتضاء دعوى وضع اليد action possessoire ، لاسترداد الحيازة ، ويضمن بذلك لنفسه مركز المدعى عليه فى النزاع الذى يحصل فى موضوع الملكية ، وهذه مزية كبيرة فيما يختص بالاثبات . أما الذى لا يكون له الا حق الارتفاق على العقار فان دعوى منع التعرض تكون له اذا كان حق الارتفاق الذى يدعيه ظاهرا ومستمرا .

(٣) حقوق المالك والشريك فى الملك أوسع مدى من حقوق صاحب حق الارتفاق . فالشريك فى ملكية عين الماء له أن يستخدم ماء العين فى كل وجوه الاستعمال التى يكون قابلا لها ، وليس من قيد عليه الا عدم الاضرار بحق

= العامة ، اذ أنه عند ما تفتح احدى الطرق يوجد شبه عرض offre للملاك المجاورين بالبناء وبفتح مطلات واستعمال الطريق العام وفقا لتخصيصه ، مع التعهد الضمنى engagement sous-entendu بأن الملاك المجاورين لا يمكن حرمانهم من المزايا المكتسبة من غير تعويض ، وهذا العرض وهذا الضمان يتجددان ، ويوجدان بصفة صريحة خاصة عند ما يعطى الملاك خط التنظيم . والتعويض الذى يمنح يجب أن يقدر بنسبة الضرر الذى يلحق المالك المجاور للملك العام.

(ج) اذا كان الاستعمال أو المزايا التى يكتسبها الملاك المجاورون للأملاك العامة — من غير أن تكون مطابقة لتخصيص العقار الداخل فى الملك العام — لا تتعارض مع هذا التخصيص . ففى هذه الحالة قد يتولد حق ، كما فى الحالة السابقة ، ولا يمكن حرمان الملاك المجاورين من المزايا التى كانوا يتمتعون بها ، من غير أن يعطوا تعويضا . ولكن بما أنه لا يتصور هنا وجود عرض سابق offre préalable فان وجود الحق يكون خاضعا لاتفاق صريح ، أو على الأقل لمضى المدة المقررة للاكتساب بالتقادم (بودرى لاكنتنرى وشوفو ٧٩٦ وما بعدها) .

الشركاء الآخرين فى الملك ، فله أن يستعمل الماء لغسل الثياب مثلا ، ولكن من له حق ارتفاق باغتراف المياه servitude de puisage ليس له الا حق المجيء لاغتراف الماء

(٤) يزول حق الارتفاق بعدم الاستعمال المدة القانونية ، ولكن مجرد عدم الاستعمال ، مهما طالت مدته ، لا يترتب عليه ضياع حق الملكية أو حق الشريك فى الملك المشاع .

(٥) فى الارتفاق يجوز لمالك العقار المرتفق به ، فى بعض الأحوال ، أن يغير محل الارتفاق ، بأن يعرض على مالك العقار المرتفق مكانا آخر مثله صالحا لاستعمال حق الارتفاق (المادة ٧٠١ فرنسى) [١] ، ولكن مثل هذا العرض لا يمكن أن يفرض على من يستعمل حقا بصفته مالكا أو شريكا فى الملك ، والا كان نوعا من نزع الملكية ، ونزع الملكية غير جائز الا للمنفعة العامة .

٤٣١ — والفصل فيما اذا كان الحق المدعى بوجوده هو حق ارتفاق أو حق ملكية سهل اذا وجد سند به ، كعقد بيع أو قسمة ، فيفض النزاع بتفسير نصوص السند ، وللقاضى السلطة المطلقة فى التفسير ، من غير أن يخضع لرقابة محكمة النقض .

وقد ينشأ نفس الحق اما عن التزام ، أو عن حق ارتفاق شخصى (حق انتفاع ، أو حق استعمال ، أو حق سكنى) ، أو عن ارتفاق عينى . وفى الحالة الأولى يوجد حق شخصى . أما فى الحالتين الأخيرتين فالحق عينى .

فاذا كنت أنا مالكا لقصر ، وكنت أنت مالكا لغابة مجاورة ، وكنت أحتاج فى كل سنة الى مقدار معين من الخشب للتدفئة فى قصرى ، وكان يمكن الحصول عليها من غابتك ، فيمكننى أن أحصل عليها بأحد الاتفاقات الثلاثة الآتية :

(ا) نتفق على أن تورد لى كل سنة مقابل مبلغ خمسين جنيه مثلا ، المقدار

---

(١) راجع نبذة ٤٨٠ .

المعين من الخشب . وهـذا الاتفاق ينشىء لمصلحتى حقا شخصيا ، ويفرض عليك التزاما .

(ب) نتفق على أنه مقابل ألف جنيه ، أدفعها اليك ، تخولنى الحق ما دمت حيا فى أن أقتطع كل سنة من غابتك مقدار الخشب اللازم لى . وهذا الاتفاق ينشىء لمصلحتى حق استعمال droit d'usage على غابتك .

(ج) نتفق على أنه مقابل ألفى جنيه أدفعها اليك يكون لقصرى حق دائم فى أخذ مقدار الخشب كل سنة من غابتك . وهذا الاتفاق ينشىء لمصلحة عقارى حق ارتفاق servitude على عقارك .

٤٣٢ — أهم الفروق بين الحق الشخصى وحق الارتفاق العينى :

(١) الحق الشخصى droit personnel ou droit de créance يوجد لمصلحة شخص ، أما حق الارتفاق فلمصلحة عقار . وفى المثل السابق اذا كان الارتفاق الخاص بخشب التدفئة يولد حق دائنية droit de créance ، فان هذا الحق لا يلحق عقارى ، بمعنى أنى اذا بعت العقار لا يكون لمشتريه الحق فى الخشب ، وأحتفظ أنا بحق طلبه . ولـكن يختلف الحـكم اذا كان الاتفاق ينشىء حق ارتفاق لمصلحة عقارى ، فانى اذا بعته أنقل حقى الى المشترى ، وأفقده أنا .

(٢) يوجد الحق الشخصى قبل شخص ، أما حق الارتفاق فيوجد على عقار . وفى المثل المتقدم اذا نشأ عن الاتفاق حق شخصى فانك تلزم بتنفيذه ، حتى بعد أن تبيع غابتك ، لأن الملزم ليس العقار ، بل أنت . وليس للمدين أن يتخلص بفعله من تنفيذ التزامه . وبعد موت الملتزم يلزم ورثته مكانه . ولـكن اذا كان الاتفاق قد أنشأ حق ارتفاق عينى فان عقارك هو الذى يكون مدينا ، لا شخصك . وعلى ذلك فمن الوقت الذى تصبح فيه غير مالك للعقار لا تـكون ملزما قبلى ، وينتقل التكليف الى المالك الجديد للعقار .

(٣) الحق الشخصى ينبنى عليه أن يقوم المدين بعمل ايجابى . ففى المثل المتقدم اذا كان الارتفاق قد أوجد حق دائنية ، فانى أستطيع أن ألزمك بتوريد

الخشب المتفق عليه ، بل أن ألزمك بتسليمه فى منزلى اذا كنت قد تعهدت بذلك ، ولكن حق الارتفاق لا يخول مالك العقار المرتفق أن يطلب شيئا من مالك العقار المرتفق به الذى يقوم بدور سلبى . فى المثل السابق اذا كان الاتفاق قد أنشأ حق ارتفاق بين عقارينا فليس لى أن ألزمك بأن تقطع الخشب وأن تسلمه لى ، بل يكون لى الحق فقط فى أن أذهب لقطعه من غابتك ، من غير أن تعترض أنت على ذلك . غير أن هذا الفرق ليس لازما ، لأنه يمكن الاتفاق على أن مالك العقار المرتفق به يؤدى عملا ايجابيا ، كأن يقوم بقطع الخشب (المادة ٦٩٨)[١] .

(٤) صاحب الحق الشخصى له أن يحول حقه ، ولكن ليس لمالك العقار المقرر لمصلحته حق الارتفاق أن يتنازل عن حقه لآخر ، أو على الأقل ليس له أن يتنازل عنه لغيره الا مع العقار المتعلق به الارتفاق .

٤٣٣ — أهم الفروق بين الحق الشخصى وحق الارتفاق الشخصى :

(١) الحق الشخصى ، أو حق الدائنية ، يوجد قبل شخص . أما حق الارتفاق الشخصى فيوجد على شىء .

(٢) الحق الشخصى يخول الدائن أن يلزم المدين بعمل شىء . أما من يكون عقاره محملا بحق ارتفاق شخصى فلا يكون ملزما الا بالتزام سلبى (بأن يتحمل الارتفاق) .

(٣) الحق الشخصى ينتقل الى ورثة الدائن . أما حق الارتفاق الشخصى فمرتبط بشخص صاحب الحق ، ويموت معه .

٤٣٤ — المقارنة بين حق الارتفاق وحق الانتفاع — انه وان اتفق الحقان فى كون كل منهما حقا عينيا ، فان حق الارتفاق يختلف عن حق الانتفاع من الوجوه الآتية :

(١) حق الارتفاق لا يجوز تقريره الا على عقار . أما حق الانتفاع فيصح تقريره على عقار أو على منقول .

---

(١) بودرى لاكنتنرى وشوفو ٨١١ .

(٢) حق الارتفاق لا يكون الا لمنفعة عقار آخر . ولذلك تطلق عليه عبارة « servitude réelle ou prédiale ou foncière » ، أى حق الارتفاق العينى أو العقارى . أما حق الانتفاع فيكون لمنفعة شخص ، و يطلق عليه بعض الشراح عبارة « servitude personnelle » .

(٣) حق الارتفاق حق دائم ، الا اذا اشترط خلاف ذلك . أما حق الانتفاع فمؤقت دائما .

(٤) حق الانتفاع حق أصلى droit principal ، أى ان له استقلالا خاصا ، فيجوز التنازل عنه وحجزه ورهنه . أما حق الارتفاق فحق تابع ، فلا يجوز التنازل عنه ولا رهنه ولا حجزه مستقلا .

(٥) الأعمال الخاصة بحقوق الارتفاق مقررة ومحددة ، خلافا لحق الانتفاع ، فان المنتفع يعمل كل أعمال الانتفاع كالمالك .

٤٣٥ — المقارنة بين حق الارتفاق وحقى الاستعمال والسكنى — تتفق هذه الحقوق فى أنها جميعها حقوق عينية ، ولكن توجد بينها نفس الفروق التى توجد بين حق الارتفاق وحق الانتفاع المذكورة فى النبذة السابقة . غير أن حق الاستعمال والسكنى لا يجوز التنازل عنهما للغير ولا رهنهما ولا حجزهما .

أقسام حقوق الارتفاق

٤٣٦ — تنقسم حقوق الارتفاق الى :

(ا) قانونية واتفاقية ، (ب) ايجابية وسلبية .

٤٣٧ — (ا) **قانونية واتفاقية** — تنقسم حقوق الارتفاق ، بالنسبة لمصدرها أو كيفية ترتيبها الى قانونيـة واتفاقية . وحقوق الارتفاق القانونيـة servitudes légales هى التى لا توجد الا اذا نص عليها القانون ، ولا يشترط فيها رضاء مالك العقار المقررة عليه .

أما حقوق الارتفاق الاتفاقية servitudes conventionnelles ، أو المنشأة بعمل الانسان par le fait de l'homme ، فهى التى يقررها العاقدان فيما بينهما ،

سواء أكان صراحة أم دلالة . وسنجد هذا التقسيم فيما بعد عند التكلم فى كيفية ترتيب حقوق الارتفاق .

٤٣٨ — وحقوق الارتفاق التى يرتبها القانون اما أن تكون بسبب طبيعة موقع العقارات servitudes naturelles [1] ، أو لاعتبارات أخرى .

وفى الواقع يصعب القول بأن الارتفاق الذى يرتبه القانون هو ارتفاق بالمعنى المتعارف ، لأنه عبارة عن أحوال عامة مقررة قانونا فى حق العقارات والانتفاع بها ، ولكن حق الارتفاق بالمعنى الشائع هو الذى يقرر بالاتفاق .

٤٣٩ — ***اقسام حقوق الارتفاق المنشأة بعمل الانسان*** — جاء القانون الفرنسى بثلاثة تقسيمات لحقوق الارتفاق التى تنشأ بعمل الانسان ، وهى :

(١) حقوق الارتفاق المدنية والزراعية (المادة ٦٨٧ فرنسى) .

(٢) حقوق الارتفاق المستمرة وغير المستمرة (المادة ٦٨٨ فرنسى) .

(٣) حقوق الارتفاق الظاهرة وغير الظاهرة (المادة ٦٨٩ فرنسى) .

٤٤٠ — (١) ***حقوق الارتفاق المدنية والزراعية*** — مصدر هذا التقسيم القانون الرومانى ، فقد كان يفرق ، بالنسبه للغرض من حقوق الارتفاق وكيفية استعمالها ، بين الارتفاقات المدنيـة ، أى الارتفاقات المرتبة لاستعمال المبانى les servitudes urbaines ، والارتفاقات الزراعية ، أو المرتبة لاستعمال الأراضى les servitudes rurales . ولكن هـذا التقسيم ليست له فائدة فى القانون الحديث ، ولم يكن هناك داع لذكره فى المادة ٦٨٧ فرنسى .

٤٤١ — (٢) ***حقوق الارتفاق المستمرة وغير المستمرة*** — تنقسم حقوق الارتفاق بالنسبة لصفتها الى مستمرة وغير مستمرة .

فحقوق الارتفاق المستمرة servitudes continues هى التى يكون استعمالها

---

(١) حقوق الارتفـاق الطبيعية نادرة ، ولا يذكر الشراح الفرنسـيون عادة الا حق ارتفاق المسيل la servitude d'écoulement des eaux المشار اليه فى المادة ٦٤٠ فرنسى .

مترتبا على حالة مستمرة مستقلة عن عمل الانسان ، فهى تستعمل بنفسها بمجرد تقرير الحالة التى تستلزمها ، مثل حق المسيل ، والمطلات والمناور ، والمنع من البناء بتاتا ، فانه بمجرد ايجاد القناة اللازمة لاستعمال الارتفاق يحصل استعماله بدون حاجة الى أعمال متوالية من جانب مالك العقار المرتفق ، بل انه لا يشترط فى بعض الأحوال أى انشاء ، كالارتفاق بالامتناع عن البناء .

وحقوق الارتفاق غير المستمرة discontinues هى التى يلزم لاستعمالها فعل الانسان ، أى أعمال متوالية من جانب مالك العقار المرتفق ، مثل حق المرور ، فانه لا يستعمل الا أثناء الوقت الذى يمر فيه الانسان ، ومثل حق اغتراف المياه puisage ، وحق المرعى pacage ، وحق الشفة abreuvage .

والذى يميز الارتفاقات غير المستمرة هو أن استعمالها لا يبقى بعد عمل الانسان ، بل ينقطع بمجرد انتهاء هذا العمل ، كحق المرور ، فانه يستعمل فى كل مرة يمر فيها مالك العقار المرتفق على العقار المرتفق به ، أى أنه يستعمل فقط أثناء الوقت الذى يستغرقه مروره . وتبقى هذه الارتفاقات غير مستمرة ، حتى فى الحالة التى تنشأ لها أعمال ظاهرة لامكان استعمالها . ولذلك يجب عدم الخلط بين حقوق الارتفاق الظاهرة وحقوق الارتفاق المستمرة ، فانهما نوعان مختلفان . فحق المرور الذى يدل عليه باب يسلم مفتاحه الى مالك العقار المرتفق ، أو الذى تنشأ له بعض الأعمال ، كطريق مثلا يخترق العقار المجاور ، أو قنطرة صغيرة فوق خندق ، هو حق غير مستمر (١) .

٤٤٢ — (٣) حقوق الارتفاق الظاهرة وغير الظاهرة — تنقسم حقوق الارتفاق ، بالنسبة لطبيعتها ، الى ظاهرة وغير ظاهرة . وقد عرفتهما المادة ٦٨٩ فرنسى .

فحقوق الارتفاق الظاهرة apparentes هى التى تدل عليها أعمال خارجية ،

---

(١) راجع أمثلة حقوق الارتفاق المستمرة المذكورة فى كتابنا « الملكية والحقوق العينية » ٣ نبذة ٥٣٥ — ٥٣٨ .

كالأبواب والشبابيك والقنوات aqueducs .

وحقوق الارتفاق غير الظاهرة non apparentes هى التى ليس لها علامة خارجية تدل على وجودها ، مثل المنع من البناء على أرض من الأراضى ، أو منع رفع البناء زيادة على ارتفاع معين altius non tollendi .

و بعبارة أخرى أكثر وضوحا حق الارتفاق الظاهر هو الذى يتوافر فيه شرط الاعلان الذى يتطلبه القانون لوضع اليد possession ، فيجب أن يظهر حق الارتفاق لمالك العقار الخادم ، وأن يعلن بطريقة محققة لا ابهام فيها بوجود هذا الارتفاق ، وليس من اللازم أن يكون ذلك بأعمال تؤدى على عقاره ، ولكن على الأقل بعلامة حسية تظهر له .

وانه وان كان الاستمرار أو غير الاستمرار بالنسبة لكل ارتفاق صفة غير متغيرة ، فان الحال بخلاف ذلك بالنسبة للظهور وعدمه ، فنفس الارتفاق قد يكون تارة ظاهرا وطورا غير ظاهر . فمثلا حق المجرى servitude d'aqueduc الذى يستعمل بواسطة أنابيب موضوعة على سطح الأرض يكون ظاهرا ، فى حين أن الأنابيب اذا دفنت فى الأرض فان ذلك يجعله غير ظاهر . وحق المرور servitude de passage يكون ظاهرا اذا دل على وجوده طريق من الحجر أو ممر مخطط أو باب ، و يكون غير ظاهر اذا لم يوجد أثر يدل عليه . وحق ارتفاق الميازيب servitude d'égout des toits قد يكون ظاهرا أو غير ظاهر كذلك ، بحسب ظروف الأحوال .

وقاضى الموضوع يقدر ما اذا كان الارتفاق ظاهرا أو غير ظاهر من غير رقابة عليه .

٤٤٣ — ومن التقسيمين المتقدمين نرى أن حقوق الارتفاق أما أن تكون :

(١) مستمرة ظاهرة ، مثل المطلات والميازيب .

(٢) مستمرة غير ظاهرة ، مثل ارتفاق عدم التعلية servitude altius non

tollendi ، وحق المجرى بأنابيب مستترة servitude d'aqueduc souterrain

(٣) غير مستمرة ظاهرة ، مثل حق المرور فى طريق مخطط .

(٤) غير مستمرة خفية ، مثل حق المرور فى طريق غير مخطط ، وحق المرعى servitude de pacage ، وحق الشفة servitude d'abreuvage .

٤٤٤ — **فائدة التقسيمين السابقين** — للتفرقة بين حقوق الارتفاق المستمرة وغير المستمرة والظاهرة وغير الظاهرة أهمية كبرى من حيث اكتسابها بمضى المدة ، فان حقوق الارتفاق المستمرة الظاهرة ، مثل المطلات ، هى وحدها — على الأقل فى القانون الفرنسى — التى يمكن اكتسابها بمضى المدة ، وكذلك هى وحدها التى يصح رفع دعاوى وضع اليد بخصوصها [١] .

٤٤٥ — (ب) **ايجابية وسلبية** [٢] — تنقسم حقوق الارتفاق الى ايجابية وسلبية . وحقوق الارتفاق الايجابية positives هى التى تخول مالك العقار المرتفق الحق فى اجراء أعمال على العقار المقررة عليه مما تدخل عادة ضمن حق المالك فى استعمال الشيء أو استغلاله ، مثل حق المرور passage ، وحق اغتراف الماء puisage ، وحق المرعى pacage . أما حقوق الارتفاق السلبية négatives فهى التى لا تسمح لأصحابها باجراء أعمال مباشرة ، بل تمنع مالك العقار المقررة عليه من الحق فى اجراء بعض الأعمال ، مثل عدم فتح مطلات على العقار المجاور ، أو عدم البناء ، أو عدم التعلية أكثر من ارتفاع معين .

وكل حقوق الارتفاق السلبية مستمرة وغير ظاهرة .

وليس لهذا التقسيم من فائدة عملية .

---

(١) راجع ما سيجيء فيما بعد خاصا بترتيب حقوق الارتفاق بالتقادم المكسب ، وكتابنا « الملكية والحقوق العينية » ٢ نبذة ٥٦٦ وما بعدها .

(٢) تسمى positives أو négatives بالنسبة للعقار المرتفق ، و servitudes in faciendo أو in non faciendo بالنسبة للعقار المرتفق به .

ترتيب حقوق الارتفاق

٤٤٦ — ترتيب حقوق الارتفاق يكون :

(١) بمقتضى نص فى القانون . أو (٢) بعمل الانسان . وهذا يكون :
(ا) بسند . أو (ب) بالتقادم المكسب . أو (ج) بتخصيص رب الأسرة .

وهذه الطرق التى ترتب بها حقوق الارتفاق لايمكن الزيادة عليها ، فلا يجوز انشاء حق ارتفاق عينى (كما لا يجوز انشاء حق ارتفاق شخصى) قضاء ex officio judicis . فاذا رفعت دعوى أمام القضاء ، وكان موضوعها خاصا بالملكية ، فليس للمحكمة من تلقاء نفسها أن تقضى فى حكمها بترتيب حق ارتفاق لمصلحة أحد المتداعين على عقار الآخر ، فالأحكام مقررة ، وسلطة المحكمة انما تقتصر على تقرير وجود حقوق الارتفاق المتنازع عليها ، مطبقة السندات التى ترتبها .

(١) بمقتضى نص فى القانون

٤٤٧ — بما أن حق الارتفاق حق استثنائى مخالف لحرية الملكية فيجب لوجوده نص صريح . ويجب عدم التوسع فى تفسير هذا النص .

وحقوق الارتفاق القانونية نوعان :

(ا) حقوق ارتفاق مقررة للمنفعة العامة dans un intérêt public . وأحكامها مذكورة فى قوانين خاصة ، ومحل دراستها القانون الادارى ، لا القانون المدنى ، وسنشير الى بعضها فيما بعد .

(ب) حقوق ارتفاق مقررة لمصلحة الأفراد dans un intérêt privé ، وهى تشمل حقوق الارتفاق المذكورة فى المجموعة المدنية المصرية فى الباب الرابع الخاص بحقوق الارتفاق . والتى تعتبر منها حقوق ارتفاق قانونية حقيقية هى :

(١) حقوق الارتفاق الخاصة بمجارى المياه ، مثل حق المسيل .

(٢) حقوق الارتفاق الخاصة بالمرور .

(٢) بعمل الانسان

Par le fait de l'homme

٤٤٨ — حقوق الارتفاق المنشأة بعمل الانسان هى حقوق الارتفاق الحقيقية ، لأنها فى الواقع هى وحدها التى تعتبر استثناء من القانون العام الذى ينظم الملكية العقارية . وقد قدمنا أن القيود العديدة التى قررها القانون لحق الملكية ، والتى تعرف باسم حقوق الارتفاق الطبيعية وحقوق الارتفاق القانونية تكون القانون العام للملكية العقارية . أما حقوق الارتفاق الحقيقية فاستثناء لأحكام القانون العام .

(ا) بسند

٤٤٩ — كل حقوق الارتفاق ، سواء أكانت مستمرة أم غير مستمرة ، ظاهرة أم غير ظاهرة ، يجوز انشاؤها بسند . ويقصد بالسند titre العمل القانونى ، كالعقد والوصية . ويجوز تقريرها بمقابل أو بغير مقابل ، وبعقد رسمى أو عرفى أو مشافهة . وقد يكون تقريرها دلالة ، كأن تستنتج من شروط العقد .

٤٥٠ — **حقوق الارتفاق التى يمكن انشاؤها** — لم يكن من الممكن ، من غير التعرض للحق المطلق الذى للملاك ، أن تعين بطريق الحصر ، حقوق الارتفاق المختلفة التى يجوز للملاك انشاؤها على عقاراتهم أو لمصلحة عقاراتهم . ولذلك نصت المادة ٦٨٦ فقرة أولى فرنسى على أنه : « يجوز لأرباب الأملاك أن يرتبوا على أملاكهم أو لمصلحة أملاكهم ما يشاءون من حقوق الارتفاق ، بشرط ألا تكون الخدمات المرتبة مفروضة على الشخص أو لمصلحة الشخص ، بل تكون على عقار ولمصلحة عقار ، وبشرط ألا يكون فى ايجاد هذه الخدمات ما يخل بالنظام العام » .

فهذا النص قد قرر مبدأ الحرية التى للملاك فى انشاء ما يريدون من حقوق الارتفاق ، ولكنه قيدها ببعض القيود :

(١) ليس للأفراد أن ينشئوا على عقاراتهم أو لمصلحة عقاراتهم حقوق ارتفاق مخالفة للنظام العام ، كانشاء حق ارتفاق المرور لتسهيل تهريب البضائع .

(٢) يجب ألا يكون الارتفاق مقررا على شخص ، بل على عقار . ويجب كذلك ألا يكون مرتبا لمصلحة شخص ، وانما لمصلحة عقار [١] .

٤٥١ — وبمقتضى الفقرة الثانية من المادة ٦٨٦ فرنسى : « ينظم استعمال حقوق الارتفاق ومداها السند الذى ينشئها . وعند عدم وجوده تنظم بحسب القواعد الآتية » .

وقد نصت المادة ٥١/٣٠ من القانون المصرى على أنه تتبع فى حق الارتفاق شروط العقد الذى ترتب عليه وجود ذلك التكليف وعرف البلد .

«Les servitudes sont réglées d'après le titre de leur constitution et d'après les usages locaux».

مقرر الارتفاق

٤٥٢ — **المالك** — يجب أن يكون منشىء حق الارتفاق مالكا للعقار الخادم وأن يكون له حق التصرف [٢] ، لأن انشاء حقوق الارتفاق فيه تقييد لحق الملكية .

٤٥٣ — **أهلية المالك للتصرف** — لا يكفى أن يكون منشىء حق الارتفاق مالكا ، بل يجب أيضا أن تكون لديه أهلية التصرف فى العقارات لترتيب حق ارتفاق la capacité d'aliéner les immeubles pour constituer une servitude . ولا تكفى الأهلية العامة للتعاقد la capacité générale de contracter . وتختلف القاعدة باختلاف ما اذا كان ترتيب حق الارتفاق بمقابل أو من غير مقابل .

---

(١) راجع ما تقدم نبذة ٤١٥ وما بعدها .

(٢) راجع نبذة ٤٥٣ .

٤٥٤ — **صاحب حق الانتفاع** — اذا كان العقار عليه حق انتفاع فيكون لمالك الرقبة أن يرتب عليه ما يشاء من حقوق الارتفاق . ولكن بما أن استعمالها لا يجوز أن يضر بحق صاحب الانتفاع ففى العادة لا يبدأ هذا الاستعمال الا بعد انقضاء حق الانتفاع . أما صاحب حق الانتفاع فليس له أن يقرر حقوق الارتفاق العينية ، لأنه ليس مالكا ، وليس له حق التصرف فى العقار ، بل ليس له الحق فى أن يرتب تكاليف عينية مؤقتة مشابهة لحقوق الارتفاق تكون واقعة فقط على الانتفاع بالعقار .

٤٥٥ — **واضع اليد** — ليس لواضع اليد possesseur ، ولو كان حسن النية ، قبل أن يتم له التقادم ، أن يقرر على العقار حق ارتفاق يمكن التمسك به ضد المالك الذى يطلب الاستحقاق .

٤٥٦ — **الشريك فى الملك** — ليس لأحد الشركاء فى الملك أن يقرر حق ارتفاق على العقار المشترك من غير رضاء سائر الشركاء . واذا فعل فانه لا يجوز استعمال الحق الا اذا أجازه شركاؤه ، أو اذا حصلت القسمة ووقع العقار المقرر عليه الارتفاق أو جزء منه فى نصيبه ، فيصح عندئذ استعمال حق الارتفاق على العقار أو على الجزء الذى اختص به ، أى أن حق الارتفاق الذى يرتبه الشريك فى الملك على عقار شائع ، من غير رضا باقى الشركاء فى الملك ، يكون صحيحا كحق معلق على شرط ، ولا ينتج أثره الا بعد القسمة اذا وقع العقار المحمل بالارتفاق فى نصيب منشئه ، وبالقدر الذى يكون له . فهو لا يثقل الأجزاء التى تقع فى نصيب باقى الشركاء بموجب القسمة .

٤٥٧ — **المالك تحت شرط** — للمالك تحت شرط فاسخ أو واقف أن يرتب حقوق الارتفاق ، ولكنها تكون معلقة على تحقق الشرط .

٤٥٨ — **مالك العقار المرهون** — يصح للمالك أن يقرر الارتفاق على عقاره المرهون ، ولكن يجب ألا يضر ذلك بحقوق الدائنين المرتهنين .

٤٥٩ — **مالك العقار المحمل بارتفاق** — يجوز تقرير الارتفاق على عقار عليه حقوق ارتفاق أخرى ، بشرط ألا يضر بهذه الحقوق .

المنتفع بحق الارتفاق

٤٦٠ — يجب أن يكون المنتفع بحق الارتفاق مالكا للعقار المرتفق ، ولكن ليس من اللازم أن يكون أهلا للتصرف ، فيكفى توافر أهلية التعاقد capacité de contracter ، أو أهلية القبول بلا مقابل capacité de recevoir à titre gratuit .

وبما أن الارتفاق يزيد فى قيمة العقار المرتفق أو فى منفعته فيجوز لناقصى الأهلية ، وللمديرين لأموال الغير ، ولواضعى اليد حسنى النية أو سيئى النية ، أن يقبلوا انشاء حقوق الارتفاق لعقارهم على غيره .

ويجوز ذلك أيضا للشريك فى الملك من غير اشتراط رضاء باقى الشركاء ، ومن غير انتظار القسمة .

٤٦١ — **تسجيل حقوق الارتفاق** — قبل قانون التسجيل الجديد لم يكن التسجيل واجبا الا للاحتجاج بحقوق الارتفاق على غير المتعاقدين . أما بالنسبة للمتعاقدين فلم يكن التسجيل لازما ، وكان السند ينتج أثره فيما بينهما ، اذا توافرت شروط العقد للمنشىء للارتفاق . أما بعد قانون التسجيل الجديد فيشترط تسجيل حقوق الارتفاق المنشأة لينتج العقد أثره فيما بين المتعاقدين أيضا ، لأنه بمقتضى المادة الأولى من القانون رقم ١٨ / ١٩ لسنة ١٩٢٣ ليس للعقود غير المسجلة المتعلقة بعقارات من الأثر سوى الالتزامات الشخصية بين المتعاقدين .

والتسجيل واجب بالنسبة للعقود الصادرة بين الأحياء ، سواء أكانت بعوض أم بغير عوض .

(ب) بالتقادم المكسب

Prescription acquisitive ou usucapion

٤٦٢ — **فى القانون الفرنسى** — بحسب القانون الفرنسى حقوق

الارتفاق المستمرة الظاهرة هى وحدها التى يجوز تملكها بمضى المدة (المادتان ٦٩٠ و ٦٩١) .

وحقوق الارتفاق المستمرة هى ، كما قلنا ، التى يكون فيها الاستعمال مستمرا من غير حاجة الى فعل الانسان ، وتدوم متى بدأت ، مثل المطلات على ملك الجار ومجارى المياه والميازيب والبالوعات ، فانها متى وجدت تظل مستمرة .

وغير المستمرة هى التى تحتاج فى استعمالها الى فعل الانسان ، مثل حق المرور ، ولا توجد الا اذا استمر الاستعمال . والفرض من استمرار الاستعمال ما تحتمله العادة .

والظاهرة ، مثل فتح الأبواب والشبابيك وحق الشرب . وغير الظاهرة ، مثل المنع من البناء ومنع صاحب العلو من الزيادة فى الارتفاع .

فحقوق الارتفاق المستمرة غير الظاهرة ، وكذلك حقوق الارتفاق غير المستمرة ، سواء أكانت ظاهرة أم غير ظاهرة ، لا يمكن اكتسابها بمضى المدة .

والأعمال التى يكون بها حق الارتفاق ظاهرا تقع فى الغالب على العقار المرتفق به ، ولكن يجوز أن يكون وجودها فى العقار المرتفق بشرط أن تكون ظاهرة من العقار المرتفق به ، وأن يكون واضحا من وجودها أن الغرض منها استعمال حق ارتفاق على هذا العقار ، كفتح شباك فى منزل صاحب العقار المرتفق ، وفى الواقع فان المسألة تتعلق بالوقائع ، وتترك لتقدير القاضى .

وليس من اللازم أن تكون الأعمال من صنع مالك العقار المرتفق . ولكن فى الحالة التى يحدث فيها غير المالك هذه الأعمال ، كما اذا أحدثها الحائز أو واضع اليد ، فانه يجب أن يكون المالك قد علم بها ، ولا تبدأ المدة الا من الوقت الذى يعلم فيه بها . وما دام المالك يجهل وجود الأعمال المنشأة على عقار الجار فلا يوجد وضع يد بالنسبة للارتفاق .

٤٦٣ — وسبب اشتراط القانون الفرنسى الظهور والاستمرار لاكتساب حقوق الارتفاق هو الآتى :

اشترط القانون الظهور تطبيقا لقاعدة أن وضع اليد الذى يؤدى الى الاكتساب بالتقادم يجب أن يكون ظاهرا ، فاستعمال حق الارتفاق غير الظاهر لا يمكن أن يحقق هذا الشرط ، اذ لا توجد أية علامة خارجية تعلن وجود الارتفاق ، ويجب أن يوجد الظهور بالنسبة لمالك العقار الذى يسرى ضده التقادم .

ولم يشترط القانون الاستمرار تطبيقا لقاعدة أن وضع اليد المؤدى لاكتساب الحق بالتقادم يجب أن يكون مستمرا ، لأن وضع اليد فى حق الارتفاق غير المستمر قد يكون مستمرا بالمعنى الذى تتطلبه القاعدة ، وانما اشترطه القانون تطبيقا لقاعدة أن مجرد أعمال التسامح les actes de simple tolérance لا يؤسس عليها وضع اليد ولا التقادم . فاعتبر القانون أن استعمال حق الارتفاق غير المستمر لا يعد تعديا كافيا مؤديا الى التقادم ، بمعنى أن المالك الذى يتحمل استعمال مثل هذا الارتفاق من غير أن يشكو قد لا يجد تعديا أو اغتصابا يستحق أن يمنع ، فهو يجيزه من باب حسن الجوار . ولو كان الشارع قد أجاز اكتساب حقوق الارتفاق غير المستمرة بالتقادم لترتب على ذلك أن المالك لا يسمح لجاره بالمرور على عقاره ، وان كانت هذه الأعمال لا تحدث له أى ضرر ، لأنه يخشى أن يحتج عليه فيما بعد بهذه الأعمال لاكتساب حق ارتفاق بمضى المدة ، وبذلك يفسد الشارع العلاقات بين الجيران .

٤٦٤ — وقد انتقد شراح القانون الفرنسى اشتراطه أن يكون حق الارتفاق ظاهرا مستمرا حتى يمكن اكتسابه بمضى المدة ، وقالوا ان الأصح أن يشمل الحكم كل الارتفاقات ، اذ لا يوجد أى مبرر لهذا التفريق الا الاعتبارات التاريخية ، فقد كانت « عادات باريس Coutumes de Paris » تمنع التقادم فى كل أنواع حقوق الارتفاق ، ولكن العادات الأخرى (كعادات Auvergne ، و Artois) كانت تجيزه لكل أنواع الارتفاق ، فأراد واضعو القانون الفرنسى التوفيق بين الحكمين ، فاختاروا الحكم الوسط الذى لا مبرر له . ولما كانت المحاكم

الفرنسية لا تستطيع أن تقضى رغم النص باكتساب حقوق الارتفاق غير المستمرة أو غير الظاهرة بمضى المدة فانها قضت فى أحكام كثيرة لواضع اليد بأنه قد اكتسب بالتقادم ملكية الأرض التى كانت خاضعه لاستعماله مدة طويلة ، فاذا مر على واضع اليد على العقار المجاور مدة ٣٠ سنة ، فانه لا يكتسب حق المرور لكونه غير مستمر ، ولكنه يكتسب ملكية الأرض التى استعملها كطريق أو ممر ، أو يكتسب الملكية الشائعة . فيرى من ذلك أن القانون الفرنسى أراد أن يحمى المالك ، فكانت النتيجة تضحية حقه[1] .

٤٦٥ — فى القانون المصرى — لم يأت القانون المصرى ، فى باب حق الارتفاق ، بنصوص خاصة باكتساب حقوق الارتفاق بمضى المدة . ولكن بمقتضى المادة ١٠٢/٧٦ يجوز اكتساب هـذه الحقوق بمضى المدة اذا توافرت الشروط المذكورة فى هذه المادة .

وقد قضت بعض المحاكم ، اتباعا لما جاء بالمجموعة المدنية الفرنسية ، بأن حقوق الارتفاق المستمرة الظاهرة هى وحدها التى يمكن اكتسابها بالتقادم .

ونحن نرى أنه لا مبرر فى القانون المصرى للتفريق بين حقوق الارتفاق المستمرة الظاهرة وغيرها ، وأنه يمكن اكتساب كل حقوق الارتفاق بمضى المدة ، اذا توافرت شروط وضع اليد . وما دام أن القانون المصرى لم ينقل نص المادتين ٦٩٠ و ٦٩١ فرنسى ، فلا داعى للرجوع الى القانون الفرنسى ، وخصوصا أن شراح هـذا القانون ، كما رأينا ، قد انتقدوا اشتراطه أن يكون حق الارتفاق مستمرا ظاهرا لاكتسابه بالتقادم .

واذا تركت حقوق الارتفاق خاضعة لأحكام القانون العام فيما يختص بالتقادم فان تطبيق هـذه الأحكام يؤدى فى معظم الأحوال الى عدم امكان اكتساب حقوق الارتفاق غير المستمرة بمضى المدة ، وهى تؤدى فى معظم الأحوال

---

(١) نقض ٧ فبراير ١٨٨٣ سيرى ١٨٨٤ — ١ — ٣٢٠ دالوز ١٨٨٤ — ١ — ١٢٨ ، ٢٢ اكتوبر ١٩١٤ Gaz. Pal. ١٩٢٤ — ٢ — ٦٩٥ .

أيضا الى تقرير اكتساب حقوق الارتفاق المستمرة الظاهرة بمضى المدة .

٤٦٦ — ويجب توافر كل الشروط الخاصة بوضع اليد بقصد التملك بمضى المدة التى سيأتى الكلام فيها . ولكن لا يشترط وضع اليد بصفة مالك ، لأن ما يراد اكتسابه بالتقادم ليس الملكية ، وانما يشترط وضع اليد بصفة صاحب حق ارتفاق . فالحائز العرضى أو واضع اليد بطريق التسامح لا يكتسب حق الارتفاق .

٤٦٧ — **مدة التقادم** — فى القانون المصرى مدة التقادم ١٥ سنة ، اذا لم يكن لواضع اليد سند صحيح فى وضع يده على العقار ولم يكن حسن النية . أما ان كان له سند صحيح وكان حسن النية فالمدة خمس سنين .

واذا كان العقار موقوفا فلا يملك الارتفاق عليه الا بمضى ٣٣ سنة كما سيجىء عند التكلم فى اكتساب الملكية والحقوق العينية بالتقادم .

(ج) بتخصيص رب الأسرة

Destination du père de famille.

٤٦٨ — اذا كان للمالك الواحد عدة عقارات فلا يكون لها قانونا حقوق ارتفاق بعضها على بعض Nemini res sua servit = Personne n'a de servitude sur sa propriété ، ولكن اذا رتبها المالك بحيث انها لو تعددت لكان لأحدها ارتفاق على الآخر فان حق الارتفاق يوجد اذا انفصلت . مثال ذلك : يملك (ا) عقارين متجاورين ، فانشأ على أحدهما منزلا ، وكانت تنبع فى الآخر عين ، فأنشأ (ا) قناة فى هذا العقار يجرى فيها ماء العين الى المنزل . فلا يوجد حق ارتفاق لمنفعة المنزل ، ما دام (ا) مالكا للعقارين . ولكن اذا انفصل العقاران — بأن باع أحدهما ، واحتفظ بالآخر ، أو مات وترك وارثين اقتسما التركة ، فخص كلا منهما عقار — ففى هذه الحالة يوجد حق ارتفاق بتخصيص رب الأسرة .

وترتيب حق الارتفاق بتخصيص رب الأسرة ليس مبنيا على ارادة مالك

العقارين الفردية ، أى على مجرد نية رب الأسرة فى الوقت الذى رتب فيه العقارين بحيث لو انفصلا لكان لأحدهما حق ارتفاق على الآخر ، وانما مبناه اتفاق ضمنى convention tacite ببقاء العقارين بالحالة السابقة على وجود الارتفاق ، بمعنى أن ركن الرضا لا يظهر الا وقت انفصال العقارين .

وقد نص القانون الفرنسى صراحة على حقوق الارتفاق المرتبة بتخصيص رب الأسرة فى المادتين ٦٩٢ و٦٩٣ . ولم يأت القانون المصرى بأى نص .

وقد حكمت احدى المحاكم المصرية بأنه أمام سكوت القانون لا يمكن الحكم بوجود حق ارتفاق بالمطل مرتب بتخصيص رب الأسرة ، وأنه وان كان القانون يجيز للقاضى اتباع ما تقضى به مبادىء القانون الطبيعى وقواعد الانصاف فانه لا يمكن أن يعتبر من مبادىء القانون الطبيعى ذلك الافتراض االقانونى الخاص بتشريع أجنبى fiction de droit positif ، كما لا يمكن أن تعتبر قاعدة من قواعد العدالة تلك التى تخلق قرينة صارمة من غير مراعاة لظروف الأحوال المختلفة (١) .

ونحن نرى ، مع معظم الأحكام الأهلية والمختلطة (٢) ، أنه لا يوجد قانونا ما يمنع من الأخذ بنظرية القانون الفرنسى ، وتقرير حق الارتفاق المرتب بتخصيص رب الأسرة ، اذا توافرت الشروط اللازمة لوجوده .

٤٦٩ — الشروط اللازمة لترتيب الارتفاق بتخصيص رب الأسرة :

(١) يجب أن يثبت أن العقارين المنفصلين الآن كانا مملوكين لنفس المالك (المادة ٦٩٣) . ولا يشترط أن يكون العقاران متلاصقين .

ويصح أن ترتب حقوق الارتفاق بتخصيص المالك على أجزاء نفس العقار الواحد اذا أصبحت مملوكة لأكثر من مالك ، ولو أن المادة ٦٩٣ لم تذكر الا الارتفاقات المرتبة بتخصيص المالك على عقارين . والظاهر أن الشارع الفرنسى

---

(١) استئناف مختلط ٧ يونيه ١٩٠٠ (١٢ ص ٣٤١) .

(٢) راجع تلك الأحكام فى كتابنا « الملكية والحقوق العينية » ٢ نبذة ٥٧٦ .

اكتفى بذكر الحالة العادية ، أو أنه نظر الى الوقت الذى يتجزأ فيه العقار الواحد فيصبح أكثر من عقار .

وانفصال العقارين ، أو تجزئة العقار الواحد ، يحدث فى غالب الأحوال بناء على انتقال اختيارى أو قسمة ، ولكن قد يكون سببه واقعة قانونية ، مثل رسو المزاد فى البيع الجبرى ، أو التقادم المكسب فى الحالة التى يضع فيها أجنبى يده على أحد العقارين و يتملكه بالتقادم .

ولا يلزم أن يكون انفصال العقارات من عمل المالك الذى أوجد الحالة التى نشأ عنها حق الارتفاق — كما هو الحال عند قسمة الأموال الموروثة — أو كما اذا بيعت العقارات لملاك على الشيوع فاقتسموها فيما بعد بينهم [١] .

(٢) يجب أن يكون التخصيص من عمل المالك نفسه (المادة ٦٩٣) . فاذا كان من عمل صاحب حق الانتفاع أو المستأجر فلا ارتفاق ، الا اذا أقر المالك ذلك العمل .

(٣) يجب أن تكون الحالة المقررة ظاهرا منها بجلاء قصد المالك لتقرير علاقة ثابتة بين العقارين ، أى حق ارتفاق محتمل ، لا مجرد رغبة مؤقتة ، فيجب أن توجد علامة ظاهرة للارتفاق [٢] .

(٤) يجب أن تكون الحالة قد وجدت قبل انفصال العقارين ، واستقرت حتى الانفصال .

(٥) يجب ألا يوجد فى السند الذى حصل الانفصال بمقتضاه ما يخالف

---

(١) ولكن يجب ألا يكون الانفصال نتيجة فسخ حق الملكية أو الغائه . فاذا رتب المالك العقارين المملوكين له بحيث لو انفصلا لوجد بينهما حق ارتفاق ، ولم يكن له على أحد العقارين الا حق قابل للفسخ أو الالغاء ، فان حق الارتفاق لا يوجد فى هذه الحالة ، لأنه بسبب الأثر الرجعى يعتبر العقاران أنهما لم يجتمعا معا فى يده .

(٢) وعلى من يتمسك بتخصيص رب الأسرة أن يثبت أن العقارين المنفصلين حالا كانا مجتمعين فى يد شخص واحد ، وأن هذا الشخص هو الذى وضع العقارين أو تركهما فى الحالة التى نشأ عنها حق الارتفاق ، وأنه وقت البيع الذى ترتب عليه انفصال العقارين كانت العلامة التى تظهر وجوده — كالبربخ فى حالة ارتفاق الشرب — موجودة وقتئذ .

القرينة القانونية لوجود الارتفاق ، لأن هذه القرينة لا توجد اذا ثبت أن قصد المتعاقدين يخالف وجودها ، اذ أن السبب فى تقرير الارتفاق هو افتراض القصد .

(٦) يجب أن يكون الارتفاق مستمرا ظاهرا . ولا يجوز فى أية حالة ترتيب حقوق الارتفاق غير الظاهرة بتخصيص رب الأسرة ، فلا يمكن ايجاد ارتفاق عدم التعلية altius non tollendi بهذا الطريق[1] .

استعمال حقوق الارتفاق

٤٧٠ — **نطاق حق الارتفاق** — اذا كان حق الارتفاق قانونيا فان القانون هو الذى يحدد نطاقه .

واذا كان اتفاقيا يرجع الى السند الذى تقرر حق الارتفاق بمقتضاه . وقد جاء فى المادة ٣٠/٥١/٦٨٦ :

« وتتبع فيه (فى الارتفاق) شروط العقد الذى ترتب عليه وجود ذلك التكليف وعرف البلد » .

«Les servitudes sont réglées d'après le titre de leur constitution et d'après les usages locaux».

وعند الخلاف أو الشك يعين القاضى مدى الارتفاق بحسب قصد العاقدين .

أما حقوق الارتفاق المكتسبة بمضى المدة فان الذى يعين نطاقها هو وضع اليد الذى كان أساسا للتقادم ، تطبيقا للقاعدة الرومانية :

Tantum praescriptum quantum possessum : il n'est prescrit qu'autant qu'il est possédé.

فالمالك الذى ينتفع بنوافذ قريبة من العقار المجاور ، ويظل واضعا يده المدة القانونية ، يكون له الحق فى استبقاء النوافذ ، ولو أنها فى المسافة الممنوعة . ولكن ليس له الحق فى أن يفتح نوافذ جديدة .

---

(١) أما حقوق الارتفاق الظاهرة غير المستمرة فقد اختلف الشراح الفرنسيون بشأنها (راجع كتابنا « الملكية والحقوق العينية » ٢ نبذة ٥٧٧) .

وبالنسبة للارتفاقات المرتبة بتخصيص رب الأسرة فان نطاقها يحدد بحسب قصد المالك ، مع مراعاة ما هو ظاهر من الحالة التى أوجدها أو أقرها .

وقد جاء القانون الفرنسى ببعض الضوابط التى يمكن الرجوع اليها لمعرفة مدى الارتفاق . وسنذكرها فيما يلى .

٤٧١ — الارتفاقات الضمنية أو التبعية Servitudes implicites ou accessoires — قد يترتب على استعمال حق الارتفاق ايجاد ارتفاقات تبعية ، اذ تقضى المادة ٦٩٦ فرنسى بأنه : « اذا قرر شخص حق ارتفاق فيعتبر أنه أجاز كل ما هو ضرورى لاستعماله . فترتيب ارتفاق بأخذ المياه من عين مملوكة لآخر يترتب عليه بالضرورة حق المرور » .

ولكن يشترط أن يكون الارتفاق التابع ضروريا للانتفاع بالارتفاق الأصلى . فمجرد كون الارتفاق التابع نافعا ، أو كونه يجعل الارتفاق الأصلى أسهل استعمالا ، لا يكفى ، اذا كان فى الامكان استعمال الحق الأصلى بغير حاجة الى غيره . فحق تصريف المياه أو أخذها لا يترتب عليه حق المرور اذا كان استعمال هذا الحق لم يكن الا لأنه يجعل استعمال الارتفاق الأصلى أكثر سهولة .

ويجب اتباع الحكم المتقدم كيفما كان طريق ترتيب حق الارتفاق ، أى سواء أكان ترتيبه بسند ، أم بالتقادم ، أم بتخصيص رب الأسرة .

٤٧٢ — الأعمال اللازمة لاستعمال الارتفاق — قد يحتاج لاستعمال الارتفاق الى احداث بعض الأعمال ، كانشاء طريق ، أو قنطرة ، أو مصرف ، أو جدار الخ ، أو الى اصلاحها ، فهذه الأعمال يمكن عملها دائما بمعرفة مالك العقار المرتفق (المادة ٦٩٧ فرنسى) . فمن له حق المرور أن يبلط الطريق اذا كان ذلك لازما لاستعمال الارتفاق . وهذه الأعمال يجوز بمقتضى النص احداثها فى العقار المرتفق به .

ويشترط أن يكون العمل ضروريا للانتفاع بالارتفاق . وحتى فى الحالة التى لم يصرح العقد صراحة الا ببعض الأعمال فان لصاحب الارتفاق أن يجرى غيرها

من الأعمال اذا كانت ضرورية لاستعمال الارتفاق .

ومعرفة كون الأعمال ضرورية لاستعمال الارتفاق أو غير ضرورية مسألة تتعلق بالوقائع ، ويمكن الفصل فيها فى غالب الأحوال بمعاونة أرباب الخبرة ، وتكون مصاريفهم على عاتق مالك العقار المرتفق .

ويجب القيام بالأعمال بالطريقة التى تكون أخف ضررا وأقل مضايقة للعقار الخادم . ولمالك هذا العقار الحق فى أن يعين الوقت الذى تباشر فيه ، وكذلك المدة . ويهم فى كل حالة ألا يترتب على الأعمال زيادة عبء الارتفاق .

٤٧٣ — **مصاريف الأعمال اللازمة** — تكون هذه الأعمال على مصاريف مالك العقار المرتفق ، لا على مصاريف مالك العقار المرتفق به ، الا اذا كان السند المثبت للارتفاق يقرر خلاف ذلك (المادة ٦٩٨ فرنسى) .

ويصح الاتفاق على أن يقوم بالمصاريف صاحب العقار المرتفق به كما تقدم . ويجوز أن يكون هذا الاتفاق فى السند المنشىء للارتفاق ، كما يجوز أن يكون فى سند لاحق .

وقد نص القانون الفرنسى فى المادة ٦٩٩ على أنه : « فى الحالة التى يكلف فيها مالك العقار المرتفق به بمقتضى السند بالقيام على مصاريفه بالأعمال اللازمة لاستعمال الارتفاق أو صيانته يجوز له دائما أن يتخلص من التكليف بتركه العقار المقرر عليه الارتفاق الى مالك العقار المقرر لمنفعته » . ولكن لا يمكن العمل بهذا الحكم الاستثنائى فى مصر لعدم وجود نص به .

حقوق والتزامات مالك العقار المرتفق

٤٧٤ — يجب على مالك العقار المرتفق أن يستعمل حقه وفقا لسنده أو وضع يده ، من غير أن يكون له أن يحدث فى العقار المرتفق ، أو فى العقار المرتفق به ، ما من شأنه زيادة العبء على العقار المرتفق به (المادة ٧٠٢ فرنسى) .

ومعرفة كون الاستعمال يزيد فى عبء العقار المرتفق به أو كونه غير مطابق للسند أو لوضع اليد ، مسئله متروكة لتقدير القاضى ، يفصل فيها بحسب ظروف

الأحوال ، وحالة الأمكنة ، واحتياجات العقارات المرتفقة ، والضرر الذى يلحق صاحب العقار المرتفق به .

و بناء على ما تقدم لا يجوز لمن له حق المرور أن يمر بالعربات اذا كان حقه مقصورا على السير بالأقدام . وليس له أن يغير محل الارتفاق من غير رضاء صاحب العقار المرتفق به (المادة ٧٠١ فرنسى) .

٤٧٥ — وعلى حسب القواعد المتقدمة :

(ا) يجب على صاحب الارتفاق أن يستعمله فى مصلحة العقار المقرر لمنفعته حق الارتفاق ، وألا يجعله يتعداه لمصلحة غيره من العقارات ، كالعقارات التى يشتريها بعد تقرير حق الارتفاق ، أو التى كان يمتلكها قبل شرائه العقار المرتب له حق الارتفاق . غير أن المحاكم الفرنسية أجازت ذلك اذا كان لا يترتب عليه زيادة عبء الارتفاق . وقد قضت بأن صاحب العقار المقرر عليه ارتفاق بأخذ مياه منه ليس له أن يتظلم من أن المياه التى تؤخذ من ملكه تستعمل بعد ذلك فى ارواء عقارات أخرى غير التى أخذت من أجلها ، ما دام أن التغيير لا يترتب عليه زيادة العبء بالنسبة للعقار المرتفق به من حيث مقدار المياه أو الأعمال اللازمة لتسهيل مرورها ، اذ أن من له الارتفاق ليس ملزما بحفظ الماء جميعه فى عقاره المرتفق ، فبعد أن يستعمل الماء لرى العقار المرتفق يجوز له أن يتصرف فى الماء الزائد بما يرى فيه فائدته ، كأن يستعمله فى رى عقار آخر ، أو فى ادارة مصنع أو معمل . ولا يترتب على ذلك تعدد العقار المرتفق ، فهو واحد ، وهو الذى وصلت اليه المياه أولا . وكمية هذه المياه تحدد بحسب ما يحتاج اليه .

(ب) لا يجوز استعمال حق الارتفاق الا للحاجة التى أنشىء من أجلها ، فلصاحب العقار المرتفق أن ينتفع به كل الانتفاع المقرر فى سنده أو الناتج من وضع يده ، ولكن ليس له أن يتجاوز ذلك . فان كان الارتفاق قد تقرر لانتفاع معين فليس لصاحبه فى الأصل أن يستخدمه لانتفاع آخر . فارتفاق أخذ المياه لرى أرض لا يخول أخذها لادارة مصنع أو معمل . ولكن اذا كان لا يترتب

على العمل زيادة عبء الارتفاق فقد قررت المحاكم جواز الانتفاع بالارتفاق لأعمال أخرى كما تقدم .

واذا كان الارتفاق عاما من غير تحديد فيمكن استعمال الحق لكل الاحتياجات الخاصة بالعقار المنتفع ، ولصاحبه أن يستعمله فى الاحتياجات الجديدة التى تترتب على التغيير الحاصل في عقاره . فلمن حصل على حق مرور غير مقيد باستعمال خاص أن ينتفع به فى الاحتياجات الأخرى التى تترتب على حصول تغيير فى البناء أو فى الزراعة . وكذلك حق المطل غير المقيد ، الخاص بمنزل للسكنى ، يمكن استعماله حتى بعد تخصيص العقار لاستغلال تجارى .

٤٧٦ — **هل لمالك العقار المرتفق انه يطلب تغيير محل الارتفاق ؟** خولت المادة ٧٠١ فرنسى هذا الحق صراحة مالك العقار المرتفق به . ومن رأى المحاكم عدم تخويل هذا الحق مالك العقار المرتفق ، فانه وان كان التغيير لا يترتب عليه أى ضرر ، فان تغيير محل الارتفاق يعتبر تعديلا للحق نفسه ، وخروجا عن حدود الارتفاق المقرر .

٤٧٧ — **مخالفة الواجبات الملزم بها مالك العقار المرتفق** : يترتب على مخالفة الواجبات السابقة ازالة الأعمال المخالفة . ويلزم مالك العقار المرتفق بأن يعيد الأمكنة الى حالتها الأصلية . ويجوز الحكم عليه بالتضمينات .

حقوق مالك للعقار المرتفق به والتزاماته

٤٧٨ — مالك العقار المرتفق به ليس ملزما الا بالتزام سلبى ، فعليه أن يمتنع عن مباشرة الأعمال المنافية لحق الارتفاق ، وأن يترك مالك العقار المرتفق يعمل الأعمال التى يجيزها حقه ، كالمرور أو المرعى ، وليس عليه أى التزام بعمل . ولكن فى أحوال استثنائية قد يلزم بعمل شىء اذا كان السند يضع على عاتقه التزاما ايجابيا .

٤٧٩ — ويستمر مالك العقار المرتفق به حائزا لكل الحقوق التى يخولها

اياه حق الملكية ، فله أن يباشر فى عقاره كل الأعمال التى يرى لزومها ، وانما يجب عليه ألا يعمل ما من شأنه أن ينقص من استعمال حق الارتفاق ، أو أن يجعل استعماله أكثر مشقة (المادة ٧٠١ فرنسى) . فلمالك العقار المرتفق به ، بالنسبة لحق المرور ، أن يسور أو يقيم المبانى فوق محل المرور ، ما دام أن استعمال الحق لا يؤثر فيه ذلك . ولمالك العقار الذى عليه حق ارتفاق بالوعات أن يغير فى حالة الأمكنة اذا كان هذا التغيير لا يؤثر فى الانتفاع . وعلى عكس ذلك لا يجوز لمالك العقار المرتفق به فى حق المرور أن يزرع قطعة الأرض المقرر عليها الحق ، أو أن يوجد ردما فى الممر بحيث يجعل المرور عسيرا .

ولمالك العقار المرتفق به أن يستعمل حق ملكيته بحيث يحصل على نفس الفوائد المخولة لمن له حق الارتفاق . فلو كان عقاره محملا بحق المرور ، أو بحق اغتراف المياه ، فانه يكون له نفسه أن يغترف الماء أو أن يمر على الجزء المثقل بحق الارتفاق . وفى مثل هذه الحالة تكون المصاريف التى يستلزمها بقاء حقى الملكية والارتفاق على صاحبى هذين الحقين ، أى على مالكى العقار المرتفق والعقار المرتفق به ، بنسبة انتفاعهما . ولكن هذا الحق الذى للمالك فى أن يحصل من عقاره على نفس الخدمات التى يؤديها لصاحب الارتفاق تفترض أن الارتفاق لا يستنفد الاستعمال الكلى لبعض منافع العقار الخادم ، والا فان مالك العقار المحمل بالارتفاق يجب عليه أن يمتنع .

٤٨٠ — ***تغيير محل الارتفاق*** — لمالك العقار الخادم ، اذا كان استعمال الارتفاق أصبح ثقيل العبء ، ويشل حق ملكيته ، أن يحدث التغييرات التى من شأنها تعيين طريقة جديدة للاستعمال تكون أقل ضررا له ، ما دام أنه لا يترتب عليها مضايقة لمالك العقار المرتفق ، واذا رفض هذا التغيير المعروض عليه بهذه الشروط فانه يجوز الزامه بذلك قضاء ، وتكون المصاريف على عاتقه ، وانما هذا بشرط أن يكون مالك العقار الخادم قد سعى أولا فى اجراء ما يلزم للوصول الى اتفاق ودى .

ويجوز فى القانون الفرنسى لمالك العقار المرتفق به أن يطلب نقل الارتفاق الى عقار مملوك للغير ، بعد الحصول على رضاء ذلك الغير . وفى ذلك تقول المادة ٧٠١ فرنسى : « لا يجوز لمالك العقار المقرر عليه حق الارتفاق أن يعمل شيئا يتسبب عنه نقصان الاستعمال ولا ما يجعل استعماله أكثر مشقة . و بناء على ذلك ليس له أن يغير حالة الأمكنة ، ولا أن ينقل استعمال الارتفاق الى مكان آخر غير المكان الذى عين له أولا . ولكن اذا كان التعيين الذى حصل أولا قد أصبح أكثر عبئا على مالك العقار المثقل بالارتفاق ، أو كان يمنعه من أن يجرى فيه الاصلاحات المفيدة ، جاز له أن يعرض على مالك العقار الآخر مكانا يفى بالغرض المطلوب لاستعمال حقوقه ، وليس لهذا الأخير أن يأبى ذلك » .

والمصاريف تكون على مالك العقار المرتفق به .

ولم يأت القانون المصرى بنص المادة ٧٠١ فرنسى . ولكن هذا النص هو نص عادل ، ويمكن العمل به . وقد قضت المحاكم بجواز تطبيقه (١) .

ويجب أن يلاحظ أنه فى كل الأحوال يشترط أن يكون التغيير مفيدا وضروريا للعقار الخادم ، ولا يترتب عليه أى ضرر للعقار المنتفع .

٤٨١ — *مخالفة الواجبات الملزم بها مالك العقار المرتفق به* — اذا أجرى صاحب العقار المرتفق به أعمالا تنقص من انتفاع العقار المرتفق أو تجعل استعماله عسيرا (المادة ٧٠١ فرنسى) ، فيترتب على ذلك ازالة الأعمال المخالفة ، واعادة الأمكنة الى حالتها الأصلية ، والحكم أيضا بالتعويضات على صاحب العقار المرتفق به .

تقسيم العقار المرتفق أو المرتفق به

٤٨٢ — اذا كان التقسيم واقعا على العقار المرتفق ، كما يحصل فى حالة

---

(١) استئناف مختلط ٣٠ مارس ١٩٢٢ (٣٤ ص ٢٧٧) — طنطا الابتدائية ٢٧ مايو ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٤٢ ص ٧٧ .

بيع أجزاء منه ، أو بسبب الميراث ، فان الارتفاق يبقى بالنسبة لكل أجزاء العقار ، بشرط ألا يترتب على تقسيم العقار المرتفق زيادة فى العبء على العقار المرتفق به . مثلا اذا كان الارتفاق هو حق مرور فان كل الشركاء فى الملك يلزمون باستعماله فى نفس المكان (المادة ٧٠٠ فرنسى) .

ومع ذلك اذا ظهر أن الارتفاق لم يكن ذا فائدة الا لجزء واحد أو لبعض الأجزاء فمن العدل أن يحكم بانقضائه بالنسبة للأجزاء الأخرى .

ولم يتكلم القانون الفرنسى فى تقسيم العقار المرتفق به كما فعل بالنسبة لتقسيم العقار المرتفق . والحكم أنه اذا قسم العقار المرتفق به فان حق الارتفاق يستمر كما كان من قبل على كل الأجزاء التى قسم اليها العقار . فتوجد حقوق ارتفاق بقدر الأجزاء التى قسم اليها العقار . وهذه الحقوق يجوز انقضاؤها بعدم الاستعمال مستقلا بعضها عن بعض .

ولكن اذا كان استعمال الارتفاق تجوز تجزئته فهل يلزم مالك العقار المرتفق بتقسيم التكليف بين أجزاء العقار الخادم ؟ رأى بعض الشراح ذلك[1] . ولكن فى اتباع هذا الرأى انقاصا لحق الارتفاق ، فان صاحب حق الارتفاق كان له الحق قبل القسمة فى أن يستعمل الارتفاق فى أية نقطة من العقار المرتفق به ، ويضطر الآن الى استعمال الارتفاق فى جهات متعددة ، ويترتب على ذلك كثرة العمل . وعلى ذلك اذا أثبت أن التغيير يحدث له مضار محسوسة فيجوز له أن يستمر فى استعمال الارتفاق كالسابق قبل القسمة ، وما على المتقاسمين الا الرجوع بعضهم على بعض لتسوية مركزهم[2] .

ومعرفة ما اذا كان كل جزء يبقى مثقلا بالارتفاق ترجع الى الطريقة التى كان يستعمل بها الحق . فمثلا حق ارتفاق عدم البناء على جزء معين من الأرض لا يتغير فى شيء . ولكن اذا كان استعمال الارتفاق معينا له جزء خاص من

---

(١) ديمولومب ١٢ نبذة ٩٠٨ — لوران ٨ نبذة ٢٨٤ .

(٢) بودرى لاكنتنرى وشوفو ١١٣٩ .

الأرض ، كاستعمال طريق أو بئر ، فتقسيم العقار المرتفق به يترتب عليه تخليص الأجزاء الأخرى من الارتفاق .

انقضاء حقوق الارتفاق

٤٨٣ — تنقضى حقوق الارتفاق بأحد الأسباب الآتية : (١) التنازل أو الترك . (٢) استحالة الانتفاع . (٣) اتحاد الذمة . (٤) عدم الاستعمال . (٥) هلاك العقار المرتفق به أو العقار المرتفق . (٦) انقضاء الأجل . (٧) تحقق شرط فاسخ . (٨) فسخ حق مقرر الارتفاق أو الغاؤه .

وسنتكلم فى هذه الأسباب فى النبذ الآتية .

(١) التنازل أو الترك

Renonciation

٤٨٤ — يجوز لمالك العقار المرتفق ، متى كان أهلا للتصرف ، أن يتنازل عن حقه . وهذا واضح بالنسبة لحقوق الارتفاق المنشأة بارادة الانسان . أما بالنسبة لحقوق الارتفاق المرتبة بمقتضى القانون فيجب التفريق بين حقوق الارتفاق المرتبة لمصلحة الأفراد ، وحقوق الارتفاق المرتبة للمصلحة العامة . فالأولى ، ولو أنها لا توجد من غير أن يرتبها القانون ، فانها ليست من النظام العام ، فيجوز دائما لمن تقررت لمصلحته أن يتنازل عنها أو يعدل فيها . والثانية ، أى المقررة للمصلحة العامة ، فتكون جزءا من الأملاك العامة (المادة ١٠ من المجموعة المدنية الأهلية) ، وبصفتها هذه لا تكون قابلة للتصرف فيها ، ولا يجوز التنازل عنها ، لأن القانون هو الذى أوجدها ، وهو وحده الذى يزيلها ، فلا بد لزوالها من تغيير التشريع .

ولا حاجة لقبول مالك العقار المرتفق به .

والتنازل عن حقوق الارتفاق اما أن يكون صراحة أو دلالة . ويكون التنازل دلالة كما اذا أذن مالك العقار المرتفق بعبارات صريحة مالك العقار المرتفق به بأن يقيم بصفة دائمة أعمالا من شأنها أن تعوق استعمال حق الارتفاق ، أو كما اذا اشترك معه فى اقامة هذه الأعمال .

والتنازل عن حق الارتفاق قد يكون عن كل الحق أو عن بعضه فقط ، فيكون الانقضاء تاما أو جزئيا على حسب الأحوال .

ولا يحتج بالتنازل على من يكون قد اكتسب حقوقا عينية على العقار المرتفق الا اذا كان العقد الذى يثبت التنازل مسجلا .

(٢) استحالة الانتفاع بالارتفاق

Impossibilité d'exercice

٤٨٥ — ينقضى حق الارتفاق اذا استحال استعماله بسبب تغيير حدث فى العقار المرتفق به أو فى العقار المرتفق (٧٠٣ فرنسى) ، كما اذا غمر ماء النهر أرضا مقررا عليها حق الارتفاق أو مقررا لمنفعتها هـذا الحق ، أو اذا انهدم المنزل المقرر لمنفعته حق المطل ، أو اذا نضب النبع الذى تؤخذ منه المياه .

ويعود حق الارتفاق اذا عادت الأشياء بحيث يمكن استعمالها ، الا اذا كانت قد مضت المدة التى يسقط بها هذا الحق بعدم الاستعمال (المادة ٧٠٣ فرنسى) . فاذا هدم مثلا المنزل المقرر لمنفعته حق المطل على الجار بمسافة أقل من المسافة القانونية ، أو اذا احترق جميعه ، فانه يصبح من المستحيل استعمال حق الارتفاق المذكور . ولـكن اذا أعيد بناء المنزل ، أى اذا زال المانع الذى عاق الاستعمال فان حق الارتفاق يصبح ممكنا استعماله ، ويسمح به ، الا اذا كان قد مضى خمس عشرة سنة (ثلاثون سنة فى القانون الفرنسى) ، اذ فى هـذه الحالة يكون حق الارتفاق قد انقضى بسبب آخر ، وهو عدم الاستعمال[1] .

وليس من الضرورى أن تعاد الأمكنة الى الحالة التى كانت عليها من قبل تماما ، بل يكفى لوجود الارتفاق أن يكون بحيث يمكن استعماله من غير أن يزاد عبء العقار المرتفق به . فبالنسبة لارتفاق أخذ الماء الذى ينهيه هدم السد المقام على العقار الخادم أو الترعة المقامة عليه فانه يبقى اذا أخذت المياه بواسطة أعمال جديدة ، وان كانت تختلف عن السد القديم أو عن الترعة القديمة .

---

(١) راجع نبذة ٤٨٩ .

٤٨٦ — وينقضى حق الارتفاق اذا كان سبب استحالة الاستعمال حادثا جبريا أو قوة قاهرة ، أو فعل شخص أجنبي يعمل فى حدود حقه ، كما اذا ترتب على الحفر الذى يقوم به شخص فى عقاره أن نضب النبع المحمل بارتفاق أخذ المياه .

ولا ينقضى حق الارتفاق الا بالقدر الذى لا يمكن استعماله ، و بعبارة أخرى اذا لم تكن الاستحالة تامة فان حق الارتفاق لا ينقضى . فالطوارىء التى يترتب عليها ضياع جزء من منفعة حق الارتفاق لا تؤدى الى زواله . فاذا اشترط حق المرور راجلا أو راكبا خيلا أو عربات فان الحق فى المرور على الأقدام يبقى استعماله ، وان كانت هناك استحالة بالنسبة للمرور بالعربات .

(٣) اتحاد الذمة

Confusion

٤٨٧ — ينقضى حق الارتفاق اذا اجتمع العقاران فى يد واحدة ، لأنه لا يكون للانسان حق ارتفاق على عقار نفسه : nemini res sua servit (المادة ٧٠٥ فرنسى) .

ولكن اذا انفصل العقاران مرة أخرى فينظر فى الأمر :

(ا) فاذا كان سبب الانفصال له أثر رجعى ، كما اذا ألغى العقد الذى بمقتضاه اجتمعت ملكية العقارين فى يد شخص واحد ، بتحقق شرط فاسخ مثلا ، فانه بسبب الأثر الرجعى المترتب على تحقق الشرط ، يعتبر أن حق الارتفاق لم ينقض ، وحينئذ يبقى . فاذا اشترى مالك العقار المرتفق العقار المرتفق به ، فان حق الارتفاق ينقضى بسبب اتحاد الذمة . ولكن اذا فسخ البيع لعدم الوفاء بالثمن ، فان حق الارتفاق يعود ، و بعبارة أخرى يعتبر أنه لم ينقض قط ، لأن البيع الذى أدى الى اتحاد الذمة يعتبر غير موجود ، فيزول ، ويكون لزواله أثر رجعى بسبب الفسخ ، و يزول معه اتحاد الذمة .

(ب) أما اذا زال اتحاد الذمة من غير أثر رجعى فان حق الارتفاق لا يعود ، كما هو الحال اذا اشترى مالك العقار المرتفق العقار المرتفق به ، ثم بعد ذلك باعه لغيره .

٤٨٨ — ولا يكون الانقضاء باتحاد الذمة الا بالقدر الذى لا يمكن به استعماله على عقار الغير ، فاذا اجتمع جزء فقط من أحد العقارين مع العقار الآخر فان حق الارتفاق يبقى .

(٤) عدم الاستعمال

Non-Usage

٤٨٩ — ينقضى حق الارتفاق بعدم الاستعمال خمس عشرة سنة (٣٠ سنة فى القانون الفرنسى : المادة ٧٠٦) ، فقد افترض القانون أن مالك العقار المرتفق قد تنازل عن حقه ببقائه زمنا طويلا من غير أن يستعمله .

ويجب التفريق ، فيما يختص بابتداء المدة ، بين حقوق الارتفاق المستمرة وحقوق الارتفاق غير المستمرة . فاذا كان حق الارتفاق غير مستمر ابتدأت المدة من آخر عمل من أعمال الاستعمال . أما اذا كان مستمرا فتبتدىء من أى فعل مخالف لحق الارتفاق ، كازالة العلامات الظاهرة التى تدل على الارتفاق (المادة ٧٠٧ فرنسى) . والعمل المخالف يقع اما على العقار المرتفق به أو على العقار المرتفق . وعلى حسب الرأى الغالب يجب أن يكون هناك عمل ظاهر دائم .

والعادة أن يقوم مالك العقار المرتفق به بالأعمال التى تخالفه . ولكن يجوز أن تكون من فعل الغير ، أو من فعل مالك العقار المرتفق نفسه ، كما اذا سد الشبابيك التى تطل على الجار ، وبقيت كذلك مدة خمس عشرة سنة ، فان حق الارتفاق يضيع على مالك العقار المرتفق ، ولو أنه هو نفسه الذى قام بالعمل الذى ترتب عليه عدم الاستعمال .

وقد يكون الفعل نتيجة قوة قاهرة ترتب عليها عدم استعمال الحق ، بأن طرأ مانع غير متوقع يعترض استعمال الارتفاق ، كما اذا نضبت العين المحملة بالارتفاق [1] .

---

(١) وقد يتعارض هذا مع ما قلناه من أن القانون افترض أن مالك العقار المرتفق قد تنازل عن حقه ، اذ بقى زمنا طويلا من غير أن يستعمله — وهذا السبب لا يوجد الا فى حالة عدم الاستعمال الاختيارى — الا أن الحكم ينطبق أيضا فى حالة عدم الاستعمال القهرى ، لأن القانون لا يفرق .

٤٩٠ — وسقوط الحق بمضى المدة يكون بالنسبة لكل حقوق الارتفاق ، فتزول كل حقوق الارتفاق بعـدم الاستعمال ، سواء أكانت مستمرة أم غير مستمرة ، ظاهرة أم خفية ، ما عدا حقوق الارتفاق القانونية المقررة للمنفعة العامة . وهذا خلافا لمضى المدة المكسب لحق الارتفاق ، فى القانون الفرنسى ، فانه لا يكون الا بالنسبة لحقوق الارتفاق المستمرة الظاهرة كما تقدم .

وتزول حقوق الارتفاق بعدم الاستعمال سواء أكانت ايجابية أم سلبية . مثال الأخيرة حق الارتفاق بعدم البناء ، ويكون ذلك بواسطة الاحتفاظ ببناء يخالف استعمال حق الارتفاق مدة خمس عشرة سنة .

٤٩١ — **اثبات عدم الاستعمال** — اثبات عدم استعمال الحق مدة ١٥ سـنة يكون على مالك العقار المرتفق به اذا كان الارتفاق مستمرا ، لأن عدم الاسـتعمال يفرض عملا مخالفا للارتفاق . أما اذا كان الارتفاق غير مستمر فان مالك العقار المرتفق هو الذى يكون عليه أن يثبت أنه استعمل الحق .

ويجوز اثبات عدم الاستعمال ، وكذلك الأفعال الخاصة بالاستعمال ، بالبينة أو بالقرائن .

٤٩٢ — **هل ينقضى حق الارتفاق بالمدة القصيرة ؟** — هذا لا يكون الا فى الحالة التى يضع فيها حائز العقار المرتفق به يده على العقار باعتباره خاليا من حق الارتفاق الذى يثقله ، ويكون الحائز حسن النية ولديه سبب صحيح ، كما اذا باع (ا) عقاره لـ (ب) ، مقررا أنه خال من جميع حقوق الارتفاق ، والواقع أن العقار مثقل بحق ارتفاق يجهل (ب) وجوده . من رأى بعض الشراح فى فرنسا أنه يجوز بعد مضى ١٠ — ٢٠ سنة (٥ سنين فى القانون المصرى) التمسك بالتقادم ضد مالك العقار المرتفق الذى أهمل استعمال حقه طول هذه المدة . وقد استندوا فى رأيهم على القانون الفرنسى القديم ، وعلى المادة ٢١٨٠ الخاصة بحقوق الامتياز والرهون التأمينية (١) . ولـكن الرأى العـكسى هو السائد ، لأن المادة

---

(١) راجع كتابنا « التأمينات الشخصية والعينية » نبذة ٤٢٤ .

٢١٨٠ خاصة بحقوق الامتياز والرهون التأمينية ، ومع ذلك فقد انتقد الشراح وجودها . ولا يمكن الاستناد على القانون الفرنسى القديم ، لأن المجموعة المدنية قد حلت محله .

أما فى مصر فمن رأينا أن حق الارتفاق لا يمكن أن ينقضى الا بمضى خمس عشرة سنة — لا خمس سنين — لأن القانون المصرى لم يأت بنص المادة ٢١٨٠ التى يستند عليها أنصار الرأى الأول فى فرنسا ، وقد قضت المحكمة المختلطة بدوائرها المجتمعة بعدم امكان تطبيق حكم هذه المادة فى مصر بالنسبة للرهون التأمينية (١) .

٤٩٣ — **الاستعمال غير الجائز** — خلافا لأحكام حق الانتفاع (٢) ليس للمحاكم أن تقضى بانقضاء حق الارتفاق فى حالة استعماله استعمالا تعسفيا . وانما لها فى هذه الحالة ، أى اذا تجاوز مالك العقار المرتفق فى استعماله الارتفاق الحدود المخولة ، أن تلزم مالك العقار المرتفق بدفع تعويض نقدى ، وأن تضع ما تراه من الاجراآت لوضع حد فى المستقبل للاستعمال التعسفى بواسطة جزاء نقدى .

---

(١) قد احتج بالحكم الخاص بحق الانتفاع . ولكن حالة حق الانتفاع تختلف عن حق الارتفاق ، لأن من يضع يده المدة القصيرة بحسن نية وبسبب صحيح على عقار محمل بحق الانتفاع يستعمل حق الانتفاع بدلا من صاحب الحق ، ولا يوجد ما يمنع اكتساب الحق بالتقادم القصير بعد تمام مدته . ولكن هذا تقادم مكسب ، ويصح أن يقال انه لا يزيل حق الانتفاع ، ولكنه يشل استعماله ما بقى الانتفاع الجديد المكتسب بالتقادم . أما فى حالة حق الارتفاق فان واضع اليد على العقار لا يستعمل حق الارتفاق ، بما أنه ليس مالكا للعقار المرتفق ولا واضعا يده عليه ، ولذا لا يجوز له اكتساب الارتفاق بالتقادم . وفضلا عن ذلك فان صاحب حق الانتفاع الذى يترك غيره يستعمل حقه يلحقه ضرر محسوس فى كل لحظة ، واهماله يكون أبلغ من اهمال صاحب الارتفاق ، الذى لا يكون له دائما مصلحة فى استعمال حقه ، وقد يتركه زمنا طويلا من غير أن يستعمله ، وقد يترك مالك العقار الخادم يقوم بأعمال مماثلة للارتفاق من غير أن ينسب اليه اهمال جسيم يمكن أن يؤول بأنه ترك لحقه .

(٢) راجع نبذة ٣٥٧ .

٤٩٤ — عدم الاستعمال الجزئى Non-usage partiel — قد يكون عدم الاستعمال جزئيا ، وفى هذه الحالة ينقضى حق الارتفاق بمقدار الجزء الذى لم يستعمل ، اذا مضت على عدم استعماله المدة القانونية .

وتفرق محكمة النقض الفرنسية بين حالتين ، فتقرر أن حق الارتفاق يبقى بأكمله اذا نقص استعماله بمعرفة مالك العقار المرتفق ، لانتفاعه به بمقدار حاجته اليه ، أما اذا كان نقص الارتفاق بسبب عائق مادى قيد طريقة استعماله ، فان حق الارتفاق يزول بعدم الاستعمال بمقدار الجزء الذى لم يستعمل . فاذا كان حق المرور يخول المنتفع بالارتفاق حق المرور ماشيا أو راكبا حصانا أو راكبا عربة ، واكتفى صاحب الحق بالمرور راجلا المدة المسقطة للحق فان ذلك لا يكفى لنقصان مدى حقه . ولكن اذا كان سبب تحديد الاستعمال حالة المكان المادية ، كما اذا كان الطريق لا يصلح لمرور العربات ، فان نطاق حق الارتفاق ينقص بمقدار الجزء الذى لم يستعمل .

(٥) هلاك العقار المرتفق به أو العقار المرتفق

Perte du fonds servant ou du fonds dominant

٤٩٥ — ينقضى حق الارتفاق بهلاك أحد العقارين .

والهلاك المادى للعقار أمر قليل الوقوع . أما ازالته قانونا sa neutralisation juridique فأكثر وقوعا ، فقد تنزع ملكية العقار المرتفق به للمنفعة العامة ، ويدخل العقار فى الملك العام ، وينقضى الارتفاق ، مقابل تعويض مالك العقار المرتفق .

(٦) انقضاء الأجل

L'arrivée du terme

٤٩٦ — اذا كان حق الارتفاق قد أنشىء لزمن معين ، وانقضى الأجل الذى اتفق عليه العاقدان ، فان الارتفاق ينتهى ، ولكن هذا أمر نادر .

(٧) تحقق شرط فاسخ

L'évènement de la condition résolutoire

٤٩٧ — اذا كان انشاء حق الارتفاق حاصلا تحت شرط فاسخ فان الارتفاق ينقضى بتحقق هذا الشرط .

(٨) فسخ حق مقرر الارتفاق أو الغاؤه

La résolution, annulation ou rescision des droits du constituant

٤٩٨ — ينقضى حق الارتفاق بفسخ أو الغاء حق مقرره فى العقار المحمل به ، أى حق مالك العقار المرتفق به ، متى كان للفسخ أو الالغـاء أثر رجعى ، تطبيقا لقاعدة :

Resoluto jure dantis resolvitur jus accipientis = le droit du donateur étant résolu, le droit du donataire est résolu.

ولـكن فسخ الحق الذى يكون لمالك العقار المرتفق وقت ترتيب حق الارتفاق لا يؤدى الى انقضاء الارتفاق .

حقوق الارتفاق القانونية

٤٩٩ — تنقسم حقوق الارتفاق القانونية الى قسمين : حقوق ارتفاق قانونية مقررة للمنفعة العامة ، وحقوق ارتفاق قانونية مقررة للمنفعة الخاصة (المادة ٦٤٩ فرنسى) .

حقوق الارتفاق القانونية المقررة للمنفعة العامة

٥٠٠ — لا تدخل هذه الحقوق فى دائرة القانون المدنى ، كما أشار الى ذلك القانون الفرنسى فى المادة ٦٥٠ ، التى ذكرت أيضا بعض أمثلة لهذه الحقوق .

وقد أشارت المادة ٣٠ من المجموعة المدنية الأهلية الى هذه الحقوق عند تعريفها الارتفاق بأنه قد يكون « لمنفعة الميرى au profit de l'Etat » . وهذه العبارة لم تذكر فى المادة ٥١ من المجموعة المختلطة التى تقابل هذه المادة .

وقد نص القانون الأهلى فى المادة ١٠ على الارتفاقات المذكورة . ويلاحظ أن الحقوق المبينة فى هذه المادة هى المقررة لمصلحة الدولة ، لا على أملاكها العامة ، لأن تلك الأموال لا يجوز بيعها ولا تملكها بمضى المدة ، فلا يمكن أن يقرر عليها حق ارتفاق ، اذ يعد ذلك من أعمال التصرف ، وهى غير جائزة فى الأموال العامة ، خلافا لأموال الدولة الخاصة كما تقدم[١] .

والحقوق المذكورة تقرر بمقتضى القوانين أو الأوامر الخاصة التى تصدر بها ، كقانون الترع والجسور .

وقد أراد القانون بعبارة الأعمال الحربية الواردة فى المادة ١٠ حق الارتفاق الذى يقضى بمنع الملاك المجاورين للقلاع ونحوها من اقامة مبان على مسافة معينة بمقتضى القانون العام ، أو من اقامة مبان تكون معرضة لأن تهدم متى رأت جهة الادارة لزوم ذلك .

وتقدم القول انه بمقتضى المنشور الصادر من باشمعاون خديوى ، فى ٢٠ المحرم سنة ١٢٨١ — ٢٥ يوليه سنة ١٨٦٤ ، الأرض الواقعة فى منطقة خمس أقصاب (سبعة عشر مترا وخمسة وسبعين سنتمترا) من بعد جسر السكك الحديدية والخندقين المجاورين له والجنابيتين محملة بحق ارتفاق من نوع خاص sui generis ، يبيح لمصلحة السكك الحديدية أن تتدخل فى البيوع المتعلقة بهذه المنطقة ، وأن تعترض على كل عمل أو طريقة للاستعمال يترتب عليها ضرر لجهة المصلحة ونجاح تشغيل السكك الحديدية[٢] .

وحقوق الارتفاق المقررة للمنفعة العامة غير قابلة للبيع ، ولا تزول بمضى المدة .

٥٠١ — ويجب عدم الخلط بين حقوق الارتفاق المقررة للمنفعة العامة وقيود الملكية المقررة للمصلحة العامة التى سبق الكلام فيها[٣] ، فانه يشترط

---

(١) نبذة ١١٢ وما بعدها .

(٢) راجع نبذة ٩٢ .

(٣) راجع نبذة ١٩٦ .

بالنسبة لحقوق الارتفاق أن يوجد عقار مرتفق ، ولا يكفى أن توجد مضايقة للمالك فى استعمال حقه .

٥٠٢ — وحقوق الارتفاق المقررة لمنفعة الأموال التى تصير من الأملاك العامة تبقى ، وتتبعها باعتبارها من توابعها .

وحقوق الارتفاق المقررة عليها ، قبل أن تصبح من الأملاك العامة ، تبقى كذلك ، على الرأى الراجح فى فرنسا ، لأنه وان كانت حقوق الارتفاق لا تكتسب على الأملاك العامة فان هذه الحقوق كانت موجودة قبل أن تصير العقارات المحملة بها من الأملاك العامة ، فالدولة تكتسب ملكية العقارات بالحالة التى تكون عليها وقت انتقالها اليها ، أى بما لها أو عليها من حقوق الارتفاق ، ولا بد لزوالها من نص أو صدور قانون خاص بذلك . ولكن الظاهر من نصوص قانون نزع الملكية للمنفعة العامة (رقم ٥ لسنة ١٩٠٧ أهلى ، رقم ٢٧ لسنة ١٩٠٦ مختلط) ، وعلى الخصوص من نص المادتين ٢٨ و ٢٩ ، أنها لا تبقى . وسنعود الى هذا الموضوع عند التكلم فى زوال الملكية والحقوق العينية .

حقوق الارتفاق القانونية المقررة للمنفعة الخاصة

٥٠٣ — حقوق الارتفاق المقررة للمنفعة الخاصة مذكورة فى المجموعة المدنية وفى بعض القوانين الخاصة [1] . وسنتكلم فيما يلى فى المسائل الآتية :

(١) حقوق الارتفاق الخاصة بمجارى المياه .

(٢) مراعاة المسافة بين المساكن و بعض المحال .

(٣) مراعاة المسافة بين الأشجار والأملاك المجاورة .

(٤) وضع الحدود .

(٥) التسوير الجبرى .

(٦) الزام المالك جاره باشراكه فى الحائط الفاصل بينهما .

---

(١) ذكر القانون الفرنسى هذه الحقوق فى المادة ٦٥١ .

(٧) حقوق مالكي الطبقات .

(٨) فتح المطلات والمناور .

(٩) حق المرور .

(ا) حقوق الارتفاق الخاصة بمجارى المياه

٥٠٤ — **أنواعها** — يجب التفريق بين الحقوق الآتية :

(ا) حق استعمال المياه ، أو حق الشرب .

(ب) حق مرور المياه لرى أرض الغير ، أو حق المجرى .

(ج) حق صرف المياه ، أو حق المسيل .

(ا) حق الشرب

Servitude d'irrigation

٥٠٥ — **تعريفه** — الشرب هو — كما عرف فى المادة ٣٨ من مرشد الحيران — نوبة الانتفاع بالماء سقيا للأرض أو الشجر أو الزرع .

وقد ذكر هذا الحق فى المجموعة المدنية ، فى المادتين ٣١/٥٢ ، و٣٢/٥٣ ، وفى الأمر العالى الصادر فى ٢٢ فبراير سنة ١٨٩٤ الخاص بالترع والجسور ، وقد قسمت الترع فيه الى ترع عمومية وترع خصوصية .

٥٠٦ — **الترع العمومية والخصوصية** — بمقتضى الأمر العالى الصادر فى ٢٢ فبراير سنة ١٨٩٤ تنقسم الترع الى ترع عمومية وترع خصوصية .

ويراد بالترعة العمومية canal public مجرى معد لرى أراضى أكثر من بلدين villages كلها أو بعضها . وتكون نفقة انشائها وصيانتها فى الغالب على الحكومة . وهى تعد من الأملاك العامة (المادة الأولى من الأمر العالى) .

أما الترع الخصوصية canaux privés ، ويعبر عنها فى الأمر العالى بعبارة « مساق خصوصية rigoles » ، فهى القنوات (جمع قناة) أو المجارى المعدة لرى أراضى بلد واحد أو بلدين فقط ، أو لرى أرض لمالك واحد أو لأسرة مشتركة ،

ولو كانت المسقاة فى زمام عدة بلاد . والمساقى جميعها معتبرة أملاكا خاصة . والمنتفعون بها هم المكلفون بانشائها وصيانتها (المادة ٢) .

على أنه يجوز اعتبار المسقاة ترعة عمومية اذا طلب ملاكها ذلك ، متى كانت الأرض المعتاد ريها منها تزيد مساحتها على ألف فدان ، سواء أكانت تلك الأرض لمالك واحد أم لجملة ملاك (المادة ٢) . وبذلك يجوز للملاك أن يتخلصوا من تكاليف الصيانة ، بأن يتركوا للدولة حق ملكيتهم فى المسقاة الخاصة .

٥٠٧ — **أهمية التفريق بين النوعين** — أهميـة التفريق بين الترع العموميـة والمساقى أو الترع الخصوصية عظيمة ، ونقتصر هنا على ذكر الأوجـه الآتية :

(١) الترع الخصوصية أو المساقى أملاك خاصة . أما الترع العموميـة فمن الأملاك العامة ، وقد ذكرت فى المادة ٩ كما تقدم .

(٢) مصاريف انشاء المساقى وصيانتها وملاحظتها على عاتق المنتفعين بها (المادة ٢) . ولكن نفقة انشاء الترع العموميـة وصيانتها وملاحظتها فى الغالب على الحكومة (المادة الأولى) .

(٣) توجد قيود كثيرة مقررة ، لمنفعة الزراعة والملاحة ، على ملاك الأراضى المجاورة للترع العمومية ، ولا توجد بالنسبة للمساقى الخصوصية ، وذلك لأن الترع الخصوصية أملاك خاصة ، ولا ينتفع منها الا ملاكها ، بخلاف الترع العمومية فانها من الأملاك العامة ، ويجوز لعموم الناس الانتفاع بها واستعمال مياهها للرى بنسبة أراضيهم . وليضمن توزيعها بطريقة عادلة قد حاطها الشارع بضمانات وتسهيلات كثيرة . وهذه بعض القيود التى نص عليها الأمر العالى المتقدم ذكره :

(ا) قلع الأشجار المغروسة فى ميول الترع اذا كانت تلك الأشجار بسبب تشعبها تعوق سير مياه الترعة أو تعطل الملاحة فيها أو تمنع السير على جسورها (المادة ٢٠) .

(ب) اذا دعت الحال الى جعل الجسر المعتاد زرعه طريقا للمارة ، أو اذا

أريد منع الزراعة فى ذلك الجسر لداع من الدواعى ، فيطلب من زارع الجسر عدم جواز زرعه مرة أخرى بعد انقضاء الزراعة التى فيه (المادة ٢٢) .

(ج) ترميم البرابخ الخاصة بالأفراد فى جسر النيل أو جسر احدى الترع اذا ظهر أنها سيئة البناء أو متخربة (المادة ٢٣) .

(د) عدم شحن المراكب وتفريغها فى الموارد المعدة لذلك ، اذا كان يحدث من ذلك ضرر ما للجسور ، أو ما يمنع المسير عليها . ولا يجوز بوجه عام لأصحاب المراكب عمارة مراكب أو ترميمها الا على المسطاح من جهة الماء (المادة ٢٦) .

٥٠٨ — **القيود التى تخضع لها الترع الخصوصية** — انه وان كانت الترع الخصوصية أو المساقى معتبرة أملاكا خاصة لمنفعة الأفراد ، فان ملاك هذه الترع الخصوصية خاضعون رغم ذلك لقيود أو التزامات نذكر منها ما يأتى :

(ا) يجب الحصول على رخصة مقدما بانشاء المسقاة (المادة ٨ من الأمر العالى) .

(ب) لجهة الادارة سلطة واسعة فيما يختص بانشاء المساقى وابطالها ، فهى — لا الملاك — التى تقرر اتساع المساقى وعمقها واتجاهها . ولها أن تقرر ابطال المساقى اذا اتضح لها أنه لا منفعة منها للرى ، وأنها محدثة رشحا أو موجبة لذهاب المياه سدى ، أو أنها مضرة بالزراعة الخ (١) .

(ج) يجب على ملاك المساقى الخصوصية أن يقوموا بحفظها وتطهيرها بانتظام (المادة ٢) . ويجوز للحكومة عند التأخير فى تطهير المساقى الخصوصية أن تطهرها هى على نفقة هؤلاء المنتفعين (المادة ٢) (٢) .

٥٠٩ — **من استعمال مياه الترع العمومية** — قررت المادة ٥٢/٣١ أن :

---

(١) راجع المادة ١٣ من الأمر العالى .

(٢) راجع أيضا المادة ١٨ من الأمر العالى .

« حق استعمال مياه الترع التى أنشأتها الحكومة يكون بقدر ونسبة الأراضى المقتضى ريها ، مع مراعاة ما تقتضيه القوانين والأوامر واللوائح المتعلقة بذلك » .

« L'étendue du droit d'user des eaux des canaux construits par l'Etat est proportionnelle aux terrains à arroser, sauf ce qui sera ordonné par les lois, décrets et règlements sur la matière ».

ويلاحظ أن نص المادة ٥٢ مختلط يختلف عن نص المادة ٣١ أهلى ، فقد جاء فيها « حق استعمال مياه الترع التى أنشأتها الحكومة أو جمعية corporation يكون بقدر ونسبة الأراضى المقتضى ريها ، مع مراعاة ما يقتضيه القانون الخاص بالجمعيات syndicats المنشأة بهذا الخصوص » . وقد رأينا أن المادة ٢ من الأمر العالى الصادر فى ٢٢ فبراير سنة ١٨٩٤ تجيز اعتبار المسقاة التى ينشئها الأفراد عمومية اذا طلب ملاكها ذلك (١) .

٥١٠ — **من استعمال مياه الترع الخصوصية** — تقرر المادة ٣٢/٥٣ أن :

« من أنشأ ترعة فله الحق فى الانتفاع دون غيره بمائها أو بيعه » .

« Celui qui a établi un canal a seul le droit de se servir de l'eau de ce canal ou de la vendre ».

فلا يجبر صاحب الترعة الخاصة على أن يبيع ماء الترعة .

وتنطبق المادة ٣٢/٥٣ على حالة من يحفر ترعة فى أرضه الخاصة كما تنطبق على من يحفر ترعة فى أرض غيره . فمالك الأرض المحملة بحق ارتفاق بمرور مسقاة لا يمكنه الانتفاع بمياه هذه المسقاة ، بل يكون استعمالها مقصورا على مالك العقار المنتفع الذى أنشأها .

٥١١ — **ارتفاق المادة ٨ من الأمر العالى** — بعد أن قررت المادة ٨ من الأمر العالى (التى تكلمت فى انشاء المساق الصيفية) أن انشاء المسقاة يكون على نفقة الطالبين ، وتكون ملكا لهم ، أضافت : على أن حق ملكيتهم

---

(١) راجع نبذة ٥٠٦ .

فيها لا يترتب عليـه منع باقي أصحاب الأراضى المجاورة من اسـتعمال المسقاة لرى أراضيهم ، حتى فى زمن التحاريق ، وذلك بعد أن يأخـذ أصحاب تلك المسقاة كفاية أراضيهم منها ، ولـكن فى هذه الحالة يجب على أصحاب الأراضى المجاورة أن يشتركوا مع أصحـاب المسقاة فى مصاريف الانشاء والصيانة على نسبة مساحة أراضيهم المنتفعة بتلك المسقاة .

وهذا حق ارتفاق غريب (١) ، غير أن فى ايجاده مراعاة للمنفعة الخاصة وللمصلحة العامة ، للمنفعة الخاصة اذ أنه فى فائدة الجيران الذين يستفيدون منه ، وللمصلحة العامة اذ من المهم أن يزرع أكبر مقـدار من الأرض ، وألا يضيع الا أقل مقدار من الماء .

ولـكن ربما تعارض هذا النص مع نص المـادة ٣٢/٥٣ مدنى ، التى تقول « من أنشأ ترعة فله الحق فى الانتفاع دون غيره بمائها أو بيعه » . فأى النصين يجب تطبيقه ؟ هل يطبق نص المـادة ٨ من الأمر العالى باعتبار أنه صادر بعـد القانون المدنى ، وقد جاء فى المادة ٤٢ منه « يلغى كل ما كان من الأحكام السابقة مخالفا أمرنا هذا » ؟

لا يمكن تقرير ذلك الا بالنسبة للقانون الأهلى ، لأن الأمر العـالى الصادر فى سـنة ١٨٩٤ لا يسرى الا بالنسبة للوطنيين ، ولا يسرى على الأجانب ، لأنه لم يعرض على الدول للموافقة عليه .

وعلى ذلك فبالنسبة للأجانب تـكون المادة ٥٣ نافذة المفعول . فاذا كان لأجنبي مسقاة خصوصية فلا يجبر على جعل جيرانه ينتفعون من اسـتعمال المسقاة لرى أراضيهم اذا لم يرغب فى ذلك . وهـذا ما قضت به محكمة الاستئناف المختلطة (٢) .

وهناك رأى يقول بسريان هذا الارتفاق على الأجانب ، لأنه بمقتضى المادة

---

(١) راجع هالتون ١ ص ٩٦ .

(٢) ١٨ يونيه ١٨٩٦ (٨ ص ٣٣٤) ، ٢٦ أبريل ١٩٠٦ (١٨ ص ٢١٧) .

٥١ مدنى مختلط تتبع فى حق الارتفاق شروط العقد الذى ترتب عليه وجوده وعرف البلد les usages locaux ، فالأمر العالى لم يفعل أكثر من أنه دون فى المادة ٨ منه ما جرى عليه العرف قبل ذلك (١) . ولكن رد على هذا الرأى بأن العرف المدعى بوجوده أمر مختلف فيه ، وأنه اذا كان قد وجد تسامح من حيث استعمال ما يتبقى من ماء المساقى فان هذا الارتفاق لم يثبت وجوده (٢) .

٥١٢ — **هل الارتفاق خاص بالمساقى الصيفية ؟** — الظاهر من نص المادة ٨ من الأمر العالى أن الارتفاق خاص بالمساقى الصيفية . وعلى ذلك بالنسبة للمساقى النيلية يجب تطبيق المادة ٣٢/٥٣ التى تجعل الانتفاع بماء المسقاة لمالكها دون غيره . ولكن يمكن القول من جهة أخرى ، وفقا لما سارت عليه الأحكام من تفسير النصوص بما يحقق مصالح الزراعة التى من أجلها أدخلت النصوص الخاصة بحق المجرى فى القانون المصرى ، ان الارتفاق يوجد أيضا بالنسبة للمساقى النيلية ، لأنه ما دام أن صاحب الترعة النيلية يأخذ كفايته من مائها فمن المصلحة ألا يضيع الماء الزائد ، وأن ينتفع به غيره من الجيران .

٥١٣ — **الجيران الذين ينطبق عليهم نص المادة ٨** — تقول المادة ان حق ملكية أصحاب المسقاة فيها : « . . . لا يترتب عليه منع باقى أصحاب الأراضى المجاورة من استعمال المسقى لرى أراضيهم . . . » ، فهل ينطبق النص

---

(١) هالتون ١ ص ٩٧ .

(٢) ولا يمكن الاستناد على القانون الهمايونى الصادر فى ٧ صفر ١٢٨٤ (١٠ يونيه ١٨٦٧) الذى رخص فيه للأجانب بأن يتمتعوا بحقوق ملكية العقارات بالممالك العثمانية أسوة رعايا الدولة العلية ، بشرط « ملزوميتهم باتباع الاجراء على مقتضى كافة القوانين ولوائح الضبط والربط والبلدية الجارية الآن أو التى ستجرى فى المستقبل فى حق التصرف بالأملاك العقارية وانتقالها وبيعها ورهنها . . . » ، لأنه وان كانت الحقوق المقررة على أملاك الأفراد للمصلحة العامة — كالشروط المقررة لاستعمال الترع من حيث الحصول على الرخص واجراء أعمال الوقاية من غوائل المياه الخ — تعتبر من أحكام الضبط والربط الخاصة بالعقار ، فانه لا يمكن اعتبار الحقوق المقررة لمصلحة الأفراد من هذه الأحكام .

على الملاك المجاورين للمسقاة ذاتها فحسب ، أم ينطبق أيضا على الملاك المجاورين للأرض التى بها المسقاة ؟

يجب التفريق بين الفروض الآتية :

(ا) بالنسبة لملاك الأراضى المتصلة بالمسقاة مباشرة : لا شك فى أن المادة تنطبق عليهم .

(ب) أما اذا كانت المسقاة تمر فى أرض مالكها : فليس للملاك المجاورين لهذه الأرض حق فى المسقاة ، لأنهم لا يمكنهم الاتصال بالماء الا بعد الحصول على حق بالمجرى ، أى بمرور المياه على الأرض الفاصلة .

(ج) اذا كان انشاء المسقاة الصيفية استلزم مرور الماء فى أرض الغير للاتصال بالترعة ، أى أنه استلزم الحصول على حق المجرى على الأراضى التى تفصل الأرض التى أنشئت بها المسقاة الصيفية عن الترعة : فانه يكون لأصحاب الأراضى التى تخترقها المسقاة الحق فى استعمال مياهها ، لأنهم يكونون مجاورين للمسقاة .

٥١٤ — اشتراك المنتفعين بالارتفاق فى المصاريف — يجب على أصحاب الأراضى الذين ينتفعون من مياه المسقاة أن يشتركوا فى المصاريف بنسبة مساحة أراضيهم المنتفعة بالمسقاة . وهذه المصاريف لا تشمل فقط مصاريف الصيانة ، بل يجب على الذين يستفيدون من الارتفاق أن يشتركوا أيضا فى مصاريف الانشاء الأولى .

ويلاحظ أنهم رغم هذا ، أى رغم اشتراكهم فى مصاريف الانشاء ، لا يصبحون شركاء فى ملكية المسقاة ، بل يكون لهم الحق فقط فى استعمال المسقاة ، أى يكون لهم حق ارتفاق باستعمال المياه لرى أراضيهم ، على ألا يستعملوها الا بعد أن يأخذ أصحاب المسقاة كفاية أراضيهم منها . ولذلك انتقد نص المادة ، لأن الاشتراك فى مصاريف الانشاء والصيانة كان يجب أن يترتب عليه الاشتراك فى نفس المسقاة . هذا فضلا عن أن قاعدة الاشتراك بالطريقة المذكورة فى المادة ٨

قد ينشأ عن تطبيقها صعوبات جمة اذا طلب جيران كثيرون الانتفاع بالمسقاة ، وتقدمت طلباتهم فى أوقات مختلفة .

(ب) حق المجرى

Servitude de passage d'eaux ou d'aqueduc

٥١٥ — اذا وجد المالك أرضه بعيدة عن النيل أو عن احدى الترع ، بحيث لا يمكن ريها الا بواسطة مرور الماء فى أرض غيره ، فان القانون يجيز له أن يأخذ المياه التى تلزمه ، بواسطة مرورها فى الأراضى التى تفصل أرضه عن مجرى الماء ، وهذا ما يسمى حق المجرى ، فهو حق مالك الأرض البعيدة عن المياه فى حفر مسقاة فى أرض جاره ليجلب المياه الى أرضه .

٥١٦ — **النصوص الخاصة بحق المجرى** — نصت على حق المجرى المادة ٣٣/٥٤ مدنى التى تقول :

« يجب على كل صاحب أرض أن يجعل ممرا فى أرضه للمياه اللازمة لرى الأراضى البعيدة عن مأخذ المياه ، فى نظير تعويض يعطى له مقدما ، بعد تقديره بمعرفة المحاكم. وعند التنازع يحكم بالكيفية التى يكون بها انشاء ذلك الممر، وما يلزم من العمل ، بحالة يراعى فيها ما يمكن من تخفيف الضرر » .

« On doit, sur son terrain, le passage d'eau nécessaire au fonds le plus éloigné de la prise d'eau, moyennant le paiement d'une indemnité préalable réglée par les tribunaux, qui détermineront, en cas de contestation, les travaux à faire pour l'établissement du passage, de façon à ce qu'il soit le moins dommageable possible ».

وقد نصت المادة ٩ من الأمر العالى الصادر فى ٢٢ فبراير سنة ١٨٩٤ على هذا الحق أيضا ، اذ جاء فيها أنه « اذا رأى أحد أرباب الأطيان أنه يستحيل عليه رى أرضه ريا كافيا الا بانشاء مسقاة فى أرض ليست ملكه أو باستعمال ترعة نيلية أو مسقاة موجودة فى أرض الغير ، وتعذر عليه التراضى مع أصحاب الأراضى

ذوى الشأن أو وكلائهم الرسميين ، فيرفع شكواه للمدير ، وهو يبلغها لمفتش الرى مشفوعة برأيه وملحوظاته ، فينظر المفتش فى المسألة فى محل الواقعة ، ويصدر قراره فيها . . . وعلى كل يجب على الطالب أن يدفع ثمن الأرض التى تشغلها المسقاة الجديدة والمال المربوط عليها ، وتعويضا عن الأضرار الناشئة . والمبلغ الذى يقتضى دفعه تقرره اللجنة المنوه عنها فى المادة ٢٧ من أمرنا هذا . أما هذه المادة (التاسعة) فتلغى المادة العاشرة من الأمر العالى الصادر فى ٨ مارس سنة ١٨٨١ » .

٥١٧ — ولنلاحظ الفروق الآتية بين نص المادة ٣٣/٥٤ مدنى والمادة ٩ من الأمر العالى :

(١) تقول المادة ٣٣/ ٥٤ انه يجب على كل صاحب أرض أن يجعل ممرا فى أرضه للمياه اللازمة nécessaires لرى الأراضى البعيدة ، فعلى ذلك اذا لم تكن المياه ضرورية فليس لمالك الأرض البعيدة أن يجبره على أن يجعل له ممرا فى أرضه ، كما اذا كان لديه ماء ولكنه غير كاف لرى أرضه . ولكن المادة ٩ من الأمر العالى تعطى الحق لمالك الأرض البعيدة اذا رأى « أنه يستحيل عليه رى أرضه ريا كافيا » qu'il est impossible de pourvoir suffisament à l'irrigation de ses terres ، فتنطبق المادة ٩ فى حالة ما يكون الماء الذى تحت تصرف الأراضى البعيدة غير كاف ، أى فى الحالة التى يكون فيها تقرير حق الارتفاق مفيدا فقط .

(٢) يقرر النصان أنه يجب على صاحب الأرض البعيدة أن يعوض صاحب الأرض المقرر عليها حق الارتفاق ، ولكن يختلف النصان فى كيفية تقدير هذا التعويض ، فالمادة ٣٣ / ٥٤ تقرر أن تقديره يكون بمعرفة المحاكم اذا لم يتفق الطرفان ، وأن المحاكم تقرر أيضا الكيفية التى يكون بها انشاء ذلك المر وما يلزم من العمل الخ ، فى حين أن المادة ٩ تقرر أن تقدير التعويض يكون بمعرفة اللجنة المنصوص عليها فى المادة ٢٧ من الأمر العالى ، وهى مؤلفة من المدير

أو من ينوب عنه بصفة رئيس ، ومن الباشمهندس ، واثنين من عمد المديرية يختار كل من المختصمين واحدا منهما ، وأن الادارة هى التى تقرر أيضا كيفية انشاء حق الارتفاق .

فما الحل اذن ؟

(١) بالنسبة للاختلاف الأول قد حكمت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الضرورة التى ينص عليها القانون المدنى ليست لازمة ، وأن حق المجرى يجوز تقريره حتى لو كان مفيدا utile فقط ، أى متى كان الماء الذى تحت تصرف الأرض غير كاف .

وبالنسبة للقضاء الأهلى كذلك يمكن القول أيضا بأن الأمر العالى الصادر فى سنة ١٨٩٤ عدل المادة ٣٣ أهلى السابقة عليه .

(٢) أما بالنسبة للاختلاف الثانى ، الخاص بتقدير التعويض ، وكيفية انشاء الممر ، فالحل يختلف بالنسبة للقضاء الأهلى والقضاء المختلط ، فبالنسبة للقضاء الأهلى قد اختلف الرأى ، فرأى يقول بأن المادة ٣٣ قد تعدلت بالمادة ٩ من الأمر العالى ، ولذلك تكون الجهة الادارية المنصوص عليها فى الأمر العالى هى المختصة . دون المحاكم ، ورأى يقول بأن الأمر العالى أشرك الجهة الادارية مع المحاكم فى الاختصاص ، وأصحاب الشأن مخيرون فى رفع الأمر الى أى الجهتين . ونحن نرجح الرأى الأول كما سيجىء .

أما بالنسبة للقضاء المختلط ، فانه وان كانت المادة ٥٤ تعدلت فى سنة ١٩١٢ ، بمقتضى القانون رقم ٢٧ ، الا أن القانون المذكور لم يعدل الحكم الخاص بحق المجرى ، ولا يمكن اعتبار المادة ٥٤ معدلة بمقتضى الأمر العالى الصادر فى سنة ١٨٩٤ ، لأنه لا يسرى الا على الوطنيين كما أسلفنا .

٥١٨ — ويجب تفسير النصوص الخاصة بحق المجرى ، بحسب ظروف الأحوال ، بما يحقق مصالح الزراعة التى من أجلها أدخلت هذه النصوص فى التشريع المصرى . ولا ينبغى التضييق فى التفسير . وقد رأينا أن المحاكم المختلطة

توسعت فى تفسير المـادة ٥٤ ، بأن أجازت حق المجرى اذا كان فى ايجاده فائدة للعقار الذى يطلب لأجله .

٥١٩ — وحق المجرى ينشأ عن موقع العقارات المجاورة ، لا عن حكم قضائى ، لأن الأحكام القضائية انما تقتصر على تنظيم محله وكيفية استعماله عند عدم وجود اتفاق بين الطرفين .

ولا يشترط القانون المصرى أن يكون العقار البعيد أوطأ من العقار المقرر عليه حق المجرى . وبذلك يختلف عن القانون الفرنسى (المادة ٦٤٠) .

ولا يهم كون الترعة المطلوب أخذ المياه منها عمومية أو خصوصية . فان كان الماء الأقرب الى الأراضى المطلوب توصيله اليها يوجد ، لا فى ترعة عمومية ، وانما فى ترعة خصوصية ، فان هذا لا يمنع من طلب حق المجرى ، كما يؤخذ من نص المـادة ٩ من الأمر العالى ، ولا يوجد فى نصوص المجموعة المدنية ما يتعارض مع ذلك . ولا حاجة فى هذه الحالة للحصول على رخصة بأخذ المياه ، اذ الرخصـة ضرورية فى حالة احداث فوهة فى احدى الترع العمومية ، والمفروض هنا أن الماء يؤخذ من ترعة خصوصية . ولكن هل يجب الحصول على اذن أصحاب الترعة ، بما أن أصحاب الترع الخصوصية لهم وحدهم الحق فى الانتفاع بمائها (المادة ٥٣/٣٢) ؟ يجب التفريق بين القانونين الأهلى والمختلط . ففى القانون الأهلى ، بمقتضى المادة ٨ من الأمر العالى ، ليس لمالك المسقاة أن يمنع أصحاب الأراضى المجاورة من استعمال المسقاة لرى أراضيهم بعد أخذ كفاية أراضيه منها . أما فى القانون المختلط فلا يلزم مالك المسقاة بترك الملاك المجاورين ينتفعون من مياه مسقاته ، بل ينطبق نص المادة ٥٣ .

٥٢٠ — ***دفع التعويض*** — يجب على المالك الذى يحصل على حق المجرى أن يدفع تعويضا ، تقدره على حسب القانون الأهلى اللجنة المنوه عنها فى المادة ٢٧ من الأمر العالى ، ويقدره على حسب القانون المختلط المحاكم . ولا يشمل هذا التعويض ثمن الأرض التى تشغلها المسقاة فحسب ، بل يشمل أيضا مقابل

الأضرار الناشئة ، كالضرر الوقتى الذى تسببه أعمال الانشاء ، والنقص الدائم الذى يسببه عبور المجرى فى أرضه مما قد يضايق الزراعة ولا يعود عليه بأية فائدة .

وعلى طالب المجرى أن يدفع أيضا المال المربوط على الأرض التى تشغلها المسقاة (المادة ٩ من الأمر العالى) .

ويجب دفع التعويض مقدما (المادة ٥٤/٣٣) . واذا لم يدفع التعويض فلا يمكن البدء فى العمل .

٥٢١ — *محل الارتفاق* — على حسب نص المادة ٥٤/٣٣ يحكم عند التنازع بالكيفية التى يكون بها انشاء ذلك المر وما يلزم من العمل بحالة يراعى فيها ما يمكن من تخفيف الضرر de façon à ce qu'il soit le moins dommageable possible ، فينشأ المجرى فى الخط الذى يكون أقصر مسافة بين الترعة أو المسقاة والعقار المرتفق . فاذا كان بين الماء والعقار المرتفق أراض كثيرة فان المجرى يكون على الأرض التى تكون المسافة فيها أقصر . ولكن قد تكون المسافة الطولى أقل ضررا بسبب صفة الأرض ، فى هذه الحالة يكون المجرى من المسافة الطولى ، اذ يجب كما تقدم أن ينشأ بكيفية يراعى فيها ما يمكن من تخفيف الضرر .

وللمحكمة أن تستعين فى النزاع القائم عن انشاء مجرى للماء بأرباب الخبرة ، لتعيين ما يلزم من الأعمال ، وتحديد ما يدفع مقدما من التعويضات . وللخبير أن يشير بأن الوسيلة الوحيدة ، أو أن خير وسيلة تكون أقل ضررا لمالك العقار المتحمل بالارتفاق ، هى استعمال ترعة موجودة فى أراضيه ، وأن يحدد التعويض الذى يعطاه .

وعلى حسب نصوص الأمر العالى الصادر فى سنة ١٨٩٤ تعين وزارة الأشغال محل الارتفاق ، بالتفصيل الذى تقدم بيانه .

٥٢٢ — واذا أنشىء حق المجرى فليس لمالك الأرض التى يمر فيها الماء

أن يغير فيها شيئا من غير رضاء مالك الأراضى المستفيدة (راجع المادة ٦ من الأمر العالى) .

(ج) حق المسيل

Servitude de l'écoulement d'eaux

٥٢٣ — يجب التفريق ، فيما يختص بحق المسيل ، بين ثلاثة أنواع من المياه :

(١) المياه الطبيعية . (٢) مياه المطر أو المياه المنزلية . (٣) مياه الرى . وسنتكلم فى كل نوع على حدته .

٥٢٤ — (١) **المياه الطبيعية** Les eaux naturelles — نص القانون الفرنسى على المياه الطبيعية فى المادة ٦٤٠ ، اذ قرر أن : « الأراضى الواطئة تجبر على قبول صرف مياه الأراضى العالية الجارية طبيعة من غير فعل الانسان . ولا يجوز لمالك الأرض الواطئة أن يقيم سدا أو جسرا يمنع به مرور هذه المياه بأرضه . ولا يجوز لمالك الأرض العالية أن يعمل ما من شأنه تثقيل ارتفاق الأراضى الواطئة » .

فتنطبق هذه المادة على مياه الرشح الطبيعى ومياه العيون التى تنبع من نفسها ، ولكنها لا تنطبق على المياه التى تسيل بفعل الانسان .

ولم يتكلم القانون المصرى فى هذا الحق . ولكن هل يمكن استنتاجه من المادة ٥٤/٣٣ فقرة ٢ التى تقول :

« وليس لصاحب الأرض التى يسقيها بآلات أو ترع أن يجبر أصحاب الأراضى التى دونه على قبول مياهه بأراضيهم » .

« Mais le propriétaire, qui arrose ses terres au moyen de machines ou de canaux, ne peut forcer les fonds inférieurs à recevoir ses eaux ».

هل يؤخذ من هذه المادة بمفهوم المخالفة a contrario أن أصحاب الأراضى الواطئة يلزمون بقبول المياه التى تجرى طبيعة ؟

نرى أنه يمكن هذا الاستنتاج . وقد جرى العرف به [1] .

٥٢٥ — (٢) مياه المطر والمياه المنزلية Eaux pluviales et ménagères — نص القانون على هذا النوع من المياه فى المادة ٤٢/٦٤ ، اذ قال :

« يجب على كل مالك أن يصرف فى أرضه أو فى الطريق العام مياه الأمطار ومياهه المنزليــة بالتطبيق على اللوائح الصحية » .

« Tout propriétaire doit envoyer ses eaux pluviales et ménagères sur son terrain ou sur la voie publique, en se conformant aux règlements de salubrité ».

على أنه يمكن تقرير حق ارتفاق بالنسبة لهذا النوع من المياه باتفاق الملاك ، أو بمضى المدة .

٥٢٦ — ولا يجبر ملاك الأراضى الواطئة على قبول المياه الصناعية ولا المياه الطبيعية التى وصلت الى الأراضى العالية بأعمال فنية ، كالترع والآلات الرافعة، اذ أن مالك الأراضى العالية ملزم بالامتناع من كل فعل يترتب عليه زيادة عبء الارتفاق المرتب بسبب موقع الأمكنة .

٥٢٧ — (٣) مياه الرى Les eaux d'irrigation — قرر الأمر العالى الصادر فى ســنة ١٨٩٤ حق المسيل بالنسبة لمياه الرى ، وذلك لمصلحة الزراعة ، فقال فى المادة ١٥ : « اذا احتاج أحد أرباب الأراضى أن يحدث مصرفا لتصريف مياه أرضه ، وكان المصرف يمر فى أراضى الغير ، فيمكنه اذا لم يتيسر له التراضى مع صاحب الشأن أن يرفع شــكواه الى المدير ، وهو يبلغها لمفتش الرى مشفوعة برأيه وملحوظاته ، والمفتش يعين حينئذ المجرى الذى يجب أن يسير فيه ذلك المصرف . فاذا تعذر الحصول على الأراضى اللازمة لمرور المصرف فيتشاور مفتش الرى مع المدير فى ذلك ، ومع اتفاقهما يصير تبليغ المسئلة الى نظارة الأشــغال العموميــة ، فاذا أقرت على انشائه تتخذ التــدابير اللازمة لذلك ، وتــكون جميع

---

(١) راجع المادة ٣٠/٥١ .

النفقة والتعويض على المنتفعين خاصة ، ويجب ألا يحدث عن مرور المصرف أدنى ضرر للأراضى التى يمر بها » .

وعرفت المادة ٣ من الأمر العالى المذكور المصرف drain بقولها : « يراد بالمصرف أخدود أو حفير مستطيل معد لصرف مياه الأراضى ، سواء أكانت مياه رى أم مياه سيل pluie أم مياه صرف drainage » .

وقسمت المصارف الى مصارف عمومية drains publics ، ومصارف خصوصية drains privés . والمصرف يكون عموميا اذا انصرفت فيه مياه أكثر من بلدين . ويكون خصوصيا اذا انصرفت فيه مياه بلد واحد أو بلدين فقط ، الا اذا كان الغرض منه صرف مياه أرض تزيد مساحتها على ألفى فدان ، ولو كانت فى زمام بلد واحد ، فيعتبر حينئذ عموميا .

وعلى الحكومة صيانة المصارف العمومية . وعلى المنتفعين صيانة المصارف الخصوصية .

والأمر العالى الصادر فى سنة ١٨٩٤ هو الذى قرر حق المسيل . وقبل ذلك لم يكن بالقانون المدنى نص يجيزه ، بل ان القانون المدنى جاء فى المادة ٣٣/٥٤ فقرة ٢ منه بالنص الآتى : « ليس لصاحب الأرض التى يسقيها بآلات أو ترع أن يجبر أصحاب الأراضى التى دونه على قبول مياهه بأراضيهم » .

ولكن الأمر العالى الذى جاء بحق المسيل لا يسرى الا على الوطنيين . اذن بمقتضى أحكام القانون المدنى المختلط لا يوجد هذا الحق . ولما كان هذا النقص مما يؤسف له صدر القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩١٢ بتعديل المادة ٥٤ من المجموعة المدنية المختلطة ، ومنح الأجانب هذا الحق أيضا . وهذا هو نص المادة ٥٤ المختلطة الجديدة :

« يجب على كل صاحب أرض أن يجعل فى أرضه ممرا للمياه اللازمة لرى الأراضى البعيدة عن

«On doit sur son terrain le passage soit de l'eau d'arrosage nécessaire au fonds le plus éloigné de la prise d'eau,

مأخذ المياه ، وكذلك لمياه التصفية التى تصرف من الأراضى المجاورة لأرضه ، فى أقرب مصرف عمومى ، فى نظير تعويض فى كلتا الحالتين يعطى له مقدما بعد تقديره بمعرفة المحاكم . وعند التنازع تحكم بالكيفية التى يكون بها انشاء ذلك الممر وما يلزم من العمل بحالة يراعى فيها ما يمكن من تخفيف الضرر .

وبغير ذلك لا يكون لصاحب الأرض التى يسقيها بآلات أو ترع أن يجبر أصحاب الأراضى التى دونه على قبول مياهه بأراضيهم » .

soit des eaux de drainage provenant des fonds voisins pour être déversées dans le drain public le plus rapproché, le tout moyennant le paiement d'une indemnité préalable réglée par les tribunaux, qui détermineront, en cas de contestation, les travaux à faire pour l'établissement du passage, de façon à ce qu'il soit le moins dommageable possible.

Mais en dehors de ce droit de passage, le propriétaire qui arrose son terrain au moyen de machines ou de canaux, ne peut forcer les fonds inférieurs à recevoir ses eaux ».

٥٢٨ — ولم تتوسع المحاكم المختلطة فى تفسير النص الخاص بحق المسيل ، كما فعلت بالنسبة لحق المجرى ، فقضت بالنسبة لحق المسيل بأنه لالزام مالك العقار بتحمل مرور مياه الصرف بأرضه لأقرب مصرف عمومى تشترط المادة وجود ضرورة مطلقة une nécessité absolue ، أما كونه يجعل الصرف أكثر سهولة فلا يكفى [١] . وهذا على عكس ما قضت به بالنسبة لحق المجرى ، فقد رأينا أنها توسعت فى التفسير ، فأجازت حق المجرى اذا كان فى ايجاده فائدة للعقار الذى يطلب لأجله [٢] . ويمكن توجيه الانتقاد الى ذلك ، لأن الحقين متماثلان ، ويجب أن يكون التقدير بالنسبة لهما واحدا ، وخصوصا أن نص المادة ٥٤ لا يستلزم الضرورة المطلقة بالنسبة لمياه الصرف ، فهو يقول : « يجب على كل

(١) استئناف مختلط ١٨ نوفمبر ١٩١٥ (٢٨ ص ٢٤) .

(٢) راجع نبذة ٥١٧ ونبذة ٥١٨ .

صاحب أرض أن يجعل فى أرضه ممرا للمياه اللازمة لرى الأراضى البعيدة عن المياه ، وكذلك لمياه التصفية التى تصرف من الأراضى المجاورة لأرضه فى أقرب مصرف عمومى . . . » . ولفظ « اللازمة » الوارد فى المادة ذكر بالنسبة لحق المجرى ، لا بالنسبة لحق المسيل ، ومع ذلك فقد رأينا أن المحاكم توسعت فى تفسيره ، مقررة أنه لا يشترط أن يكون اللزوم الذى ينص عليه القانون مطلقا .

أما بالنسبة للتشريع الأهلى فقد جاء فى نص المادة ١٥ من الأمر العالى : اذا احتاج أحد أرباب الأرض أن يحدث مصرفا لتصريف مياه أرضه ، وكان المصرف يمر فى أراضى الغير فيمكنه . . . Dans le cas où un propriétaire, pour drainer ses terres, aurait *besoin* de créer un drain que traverserait les terrains d'un autre propriétaire. . .

فاللزوم أو الضرورة المطلقة ليست بشرط بحسب هذا النص .

ولا يجوز أن يدفع ضد المالك الذى يطالب بحق المسيل بأن فى امكانه صرف مياهه بوسائل ميكانيكية .

٥٢٩ — دفع التعويض — وفقا للمادة ١٥ من الأمر العالى ، وللمادة ٥٤ معدلة من المجموعة المختلطة ، يجب أن يعطى مالك العقار المرتفق به تعويضا ، وأن يدفع هـذا التعويض مقدما . ولا يكفى أن يلزم مالك العقار المرتفق بدفع تعويض سنوى .

ويشمل التعويض ، علاوة على قيمة الأرض التى يكون فيها المجرى ، مقابل نقص القيمة فى الأرض جميعها بسبب وجود المجرى .

ويسقط الحق فى التعويض المستحق بمرور ١٥ سنة من وقت وضع اليد .

وكما فى حالة حق المجرى يقدر التعويض بالنسبة لحق المسيل ، وفقا للمادة ٥٤ مختلط المعدله ، بمعرفة المحاكم ، التى تقرر أيضا كيفية انشاء الممر وما يلزم من العمل . أما بالنسبة للمحاكم الأهلية فوفقا للأمر العالى الصادر فى سـنة ١٨٩٤ يكون تقرير ذلك بالطريق الادارى .

الجهة المختصة بنظر مسائل الرى والصرف

٥٣٠ — *اختلاف فى الرأى* — من رأى شراح القانون المصرى ، وأغلب الأحكام ، أن وزارة الأشغال ، لا المحاكم ، مختصة بالفصل فى المنازعات المتعلقة بالمساقى والمصارف ، وفقا لأحكام الأمر العالى الصادر فى ٢٢ فبراير سنة ١٨٩٤ بشأن الترع والجسور[1].

ومن رأى بعض الأحكام أن قانون الترع والجسور لم يفرد جهات الادارة بالاختصاص ، وانما أشركها مع المحاكم الأهلية فى هذا الاختصاص ، وخير أصحاب الشأن بين الجهتين .

وقد استند الرأى الأول ، الذى يقول باختصاص الجهة الادارية على ما يأتى :

(١) ان المادة ٤٢ من الأمر العالى الصادر فى سنة ١٨٩٤ بلائحة الترع والجسور قد نصت على الغاء كل ما كان من الأحكام السابقة مخالفا لهذه اللائحة . ومعنى هذا النص هو الغاء كل ما كان مخالفا للائحة ، لا من حيث الأوامر الادارية فقط ، كما ذهب الى ذلك بعضهم ، بل من حيث اختصاص المحاكم الأهلية أيضا ، لأن نص المادة ٤٢ المشار اليها عام غير مخصص .

(٢) ان لائحة الترع والجسور هى قانون خاص ، والقانون المدنى قانون عام ، والقانون الخاص أولى بالاتباع من القانون العام .

(٣) انه من العيب فى التشريع أن يقرر الشارع جهتين لأجل الوصول الى الحق .

(٤) ان القاضى الطبيعى للفصل فى مثل هذا النزاع انما هو مصلحة الرى ، لأن لجهات الرى — ولها وحدها حق توزيع المياه — خبرة خاصة فنية فى كيفية

---

(١) راجع الأحكام الكثيرة الصادرة فى هذا الموضوع فى كتابنا « الملكية والحقوق العينية » ٢ نبذة ٦٦٥ .

الرى وانتفاع الأطيان بالمياه وكيفية توزيع هذا الانتفاع ، وهى أدرى من غيرها بهذا ، ولأن فى الالتجاء للجهات الادارية سرعة فى الفصل لا تتوافر فى الطريق العادى للتقاضى أمام المحاكم .

(٥) ان الذى يفهم من روح التشريع السائد فى لائحة الترع والجسور أن المشرع أراد أن يحيل على وزارة الأشغال ورجال الادارة كل المنازعات التى تنشأ عن مجارى المياه ، ورتب لذلك نظاما واجراآت رأى فيها الضمان الكافى لمصالح الأفراد مع المحافظة على حقوق الجمهور .

وقد استند الرأى الثانى ، الذى يقول باشتراك جهات الادارة مع المحاكم فى الاختصاص ، على ما يأتى :

(١) ان لائحة الترع والجسور لم تشر الى القانون المدنى ، وعدم الاشارة اليه يفيد عدم الرغبة فى الغاء أحكامه الخاصة بحقوق ارتفاق الرى والصرف ، وبما أنه الأصل فى المعاملات ، فلا ينسخ ما فيه الا بمساس مواده بالذات ، أو بالنص على هذا النسخ ، فيكون ذكر مادة الالغاء فى تلك اللائحة مقصودا منه ما تقدمها من اللوائح الخاصة بالترع والجسور والمصارف وغير ذلك .

(٢) لا ضير تشريعيا وقضائيا أن تتعدد جهات القضاء ، وأن يكون لكل جهة أصول خاصة تراعيها عند العمل بالقانون النافذ عليها .

(٣) ان القول بأن الشارع أراد أن يجعل هذه المسائل من اختصاص رجال الرى لكفاءتهم لا محل له ، لأن هذه المسائل من المسائل السهلة التى لا يجهل بسطاء الفلاحين الدفاع عن حقوقهم فيها ، فضلا عن أن المحاكم تستنير فى حلها بآراء خبراء فنيين لهم دراية كافية لذلك .

ونحن ، كما تقدم[1] ، نرجح الرأى الأول ، أى نعتبر أن الجهة الادارية ، لا المحاكم ، هى المختصة بالنظر فى مسائل الرى والصرف ، اذ تعتبر مواد القانون الأهلى ، الخاصة بمجارى المياه قد تعدلت بهذا الخصوص بأحكام الأمر العالى الصادر فى سنة ١٨٩٤ .

(١) راجع ما تقدم نبذة ٥١٧ ونبذة ٥٢٩ .

٥٣١ — والذى يفهم من نصوص لائحة الترع والجسور هو أنها خاصة بانشاء المساق الخصوصية للأفراد فى أراضيهم أو بتوسيع هذه المراوى أو تضييقها أو استبدال أخرى بها أو بتقرير حق الارتفاق بمرور المياه من أرض الغير وتقرير عمل فتحات فى فوهة الترع لوضع آلة رافعة وتضييق هـذه الفتحات أو توسيعها وفى ابطال مسقاة لحصول ضرر منها وحق اعادة وضع اليد على مسقاة واعادتها الى حالتها الأصلية ، أى أن جهة الادارة بمقتضى هـذه اللائحة مختصة بانشاء حالة جديدة استوجبتها الضرورة أو منع ضرر عاجل . أما الفصل فى ملـكية حقوق الارتفاق القديمة التى يملـكها ملاك الأراضى فيما بينهم ، سواء أكانت بالاتفاق أم بمضى المدة ، فيدخل فى اختصاص المحاكم الأهلية .

فيجب التفريق بين حالتين : وهما الحالة التى يدعى فيها صاحب الحق أن له حق ارتفاق سابق مقرر ، ويريد تثبيت ملـكيته لما يعتبره حقا مكتسبا من قبل على أرض الجار من مرور المياه لأرضه مخترقة أرض الجار المذكور ، والحالة الثانية التى لا يدعى فيها ملـكية حق ارتفاق ، وانما يطلب انشاء هذا الحق ، لأنه ليس لأرضه منفذ للرى الا بمرور الميـاه فى أرض الجار الى أطيانه ، وتـكون المحاكم الأهلية مختصة فى الحالة الأولى ، دون الثانية [١] .

(٢) مراعاة المسافة بين المساكن وبعض المحال

٥٣٢ — قررت المادة ٤١/٦٣/٦٧٤ من المجموعة المدنية أن :

« محلات المعامل والآبار وآلات البخار والمحلات المضرة بالجيران يجب أن تبنى بالبعد عن المساكن بالمسافات المقررة باللوائح على مقتضى الشروط المبينة فيها » [٢] .

«Les usines, puits, machines à vapeur et tout établissement nuisible aux voisins, doivent être construits aux distances et dans les conditions prescrites par les règlements».

(١) كتابنا « الملـكية والحقوق العينية » نبذة ٦٦٩ .

(٢) تطابق المادة ٤١ أهلى المادة ٦٣ مختلط ، مع اضافة عبارة « ونحو ذلك etc. » بعد لفظ البخار فى المادة المختلطة » .

وأهم اللوائح الخاصة بهذه المحال هي :

القانون رقم ١٣ الصادر في ٢٨ أغسطس سنة ١٩٠٤ بشأن المحال المقلقة للراحة والمضرة بالصحة والخطرة ، والقرار الصادر من وزارة الداخلية في ٢٩ أغسطس سنة ١٩٠٤ بتنفيذ القانون المذكور .

والأمر العالي الصادر في ٥ نوفمبر سنة ١٩٠٠ بشأن الآلات البخارية ، والقرار الصادر من وزارة الأشغال في ٦ نوفمبر سنة ١٩٠٠ بتنفيذ الأمر العالي المذكور .

والأمر العالي الصادر في ٨ مارس سنة ١٨٨٠ بخصوص الآلات الرافعة ، والقرار الصادر من وزارة الأشغال في ٨ يوليه سنة ١٩١٣ .

والأمر العالي الصادر في ٢٦ ابريل سنة ١٩٠٠ بخصوص البرك والمستنقعات .

والقانون رقم ٦٩ لسنة ١٩٣٣ بشأن العزب .

على أن القيود المذكورة بالقوانين واللوائح ، المشار اليها في المادة ٤١/٦٣ ، وان كانت قررت لمصلحة الجيران ، فانها موضوعة أيضا للمصلحة العامة .

ومراعاة الشروط التي تقررها اللوائح أو العادات لا يخلي صاحب الأعمال من التزامه بأن يدفع للجار التعويضات ، في الحالات التي يلحقه منها ضرر ، تطبيقا للقواعد العامة .

(٣) مراعاة المسافة بين الأشجار والأملاك المجاورة

٥٣٣ — ***في القانون الفرنسي*** — جاء القانون الفرنسي في المادة ٦٧١ وما بعدها ، المعدلة بقانون ٢٠ أغسطس سنة ١٨٨١ ، بأحكام خاصة بالمسافات التي تراعى بين الأشجار والأملاك المجاورة ، فنص فيها على أنه « غير مسموح بوجود أشجار أو شجيرات قرب حدود ملك الجار الا على المسافة المقررة في اللوائح الخاصة الجاري العمل بها ، أو بمقتضى العادات الثابتة المعترف بها . فان لم توجد لوائح ولا عادات فلا يجوز غرسها الا على مسافة مترين من الحائط الفاصل بين العقارين بالنسبة للأشجار التي يتجاوز ارتفاعها مترين ، وعلى مسافة نصف

متر بالنسبة للأشجار الأخرى . ويجوز غرس الأشجار والشجيرات من أى نوع بتعليقها على الحائط من كل جهة من جهات الحائط الفاصل ، من غير التزام بمراعاة أية مسافة ، ولكن لا يجوز أن تتجاوز قمة الحائط . واذا لم يكن الحائط مشتركا فالمالك وحده هو الذى يكون له الحق فى تعليق أشجاره عليه » (المادة ٦٧١) .

فاذا غرست الأشجار على مسافة أقل من الحد الأدنى القانونى ، وهو خمسون سنتيمترا ، فان الجار له أن يطلب قلعها . ويكون له هذا الحق من غير أن يبحث فيما اذا كانت المغروسات تضر به أو لا . أما اذا غرست الأشجار فى المسافة التى تقع بين الحد الأدنى والحد الأقصى القانونيين ، أى فى مسافة لا تقل عن خمسين سنتيمترا وتنقص عن مترين ، فان الجار ليس له أن يطلب قلعها ، وانما يكون له الحق فى أن يطلب جعل الأشجار دائما على ارتفاع لا يتجاوز مترين ، الا اذا فضل المالك قلعها ، فالخيار بين قلعها وتقصيرها هو لمالك الأشجار .

واذا ماتت الأشجار أو اذا قطعت أو قلعت فليس للجار أن يغرس بدلها الا بمراعاة المسافات القانونية (المادة ٦٧٢) .

واذا غرست الأشجار على مسافة مترين ، ولكن رغم ذلك امتدت فروعها أو جذورها الى ملك الجار ، فان المادة ٦٧٣ ، المعدلة بقانونى ٢٠ أغسطس سنة ١٨٨١ و ١٢ فبراير سنة ١٩٢١ ، تنص على أن : « للمالك الذى امتدت فروع أشجار الجار أو شجيراته فى ملكه أن يجبره على قطع تلك الفروع . والأثمار التى تسقط بطبيعتها من هذه الفروع تكون له . أما اذا امتدت العروق أو العوسج أو الجذور فى أرضه فله الحق فى أن يقطعها بنفسه لغاية الخط الفاصل . وحق قطع الجذور أو فروع الأشجار والشجيرات لا يسقط بمضى المدة » .

وقد خولت هذه المادة الجار الحق فى قلع الجذور . أما بالنسبة للفروع فأعطته الحق فقط فى الزام مالك الشجرة بقطعها . وسبب الاختلاف فى الحكم بين الفروع والجذور هو أن الجذور لا تظهر ، والجار الذى تطغى هذه الجذور على أرضه يقطعها

غالبا من غير أن يراها عند فلحه الأرض ، وطريقة قطعها واحدة ، سواء أجرى ذلك الجار أم المالك نفسه . ولكن الأمر يختلف بالنسبة للفروع ، فانه يجب قطعها بشكل خاص ، ولو رخص للجار أن يقطعها بنفسه فانه يخشى أن يقطعها بشكل يضيع قيمتها .

وليحض القانون الجار على السماح بالفروع التى تطغى على عقاره قد خوله تملك الثمار التى تسقط بطبيعتها من هذه الفروع .

٥٣٤ — فى القانون المصرى — لم يأت القانون المصرى بأحكام تماثل أحكام القانون الفرنسى المتقدمة . وعلى ذلك يمكن القول بأنه يجوز للمالك أن يغرس أشجارا أو شجيرات فى حدود ملكه من غير مراعاة أية مسافة . ولكن اذا امتدت الفروع أو طغت الجذور فانه لا يكون من العدل اجبار الجار على تحملها ، لأن ذلك يخالف حق ملكيته ، ولذا نرى أنه يكون له الحق فى أن يطلب قطعها (١) . وأيضا يمكن القول انه بمقتضى القانون المصرى يجب أن تترك بين الأشجار وملك الجار مسافة بقدر ما جرت به العادة ، والدليل على ذلك أن القانون ، فى المادة ٥١/٣٠ ، صرح بأنه يتبع فى الارتفاق عرف البلد ، هذا من جهة ، ومن جهة أخرى فان الشارع نص فى المادة ٢٦ فقرة ٢٨/٣ مرافعات على أن القاضى الجزئى ينظر فى المسائل المتعلقة بتقدير المسافات المقررة قانونا أو نظاما أو اصطلاحا فيما يختص بالأبنية أو الأعمال المضرة أو المغروسات (٢) .

---

(١) راجع المادة ١١٩٦ من المجلة : « من امتدت أغصان شجر بستانه الى دار جاره أو بستانه ، فلجاره أن يكلفه تفريغ هوائه بالربط أو القطع . أما اذا ادعى الجار أن ظل الشجرة مضر بمزروعات بستانه فلا تقطع الشجرة » .

(٢) وقد حكمت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه اذا كان الشارع المصرى لم ينظم علائق الجوار بالنسبة للمزروعات ، كما فعل الشارع الفرنسى فى المادة ٦٧١ مدنى المعدلة ، فليس للقضاء أن يسد هذا النقص ، فيحدد المسافات ، لأن هذا عمل الشارع ، لا عمل القاضى ، الا أنه فى حالة سكوت القانون ، أو عدم كفاية نصوصه ، للمحاكم أن تستعين بقواعد العدالة ، وهى فى هذه الحالة توجب تقييد حق كل شخص فى التصرف فى أملاكه بحيث لا يمس حق جاره أو يعتدى عليه ، فليس لمالك حائط أن يلزم جاره بقلع أشجاره المغروسة قريبا من الحائط الا=

وبالنسبة للأثمار التى تسقط بطبيعتها من الفروع على ملك الجار فانه لا يوجد فى القانون المصرى ما يخول الجار امتلاكها ، ولذلك فانا نرى أنه يكون لمالك الأشجار أن يطالب بها .

٥٣٥ — هل يمكن اكتساب حق غرس الأشجار بمضى المدة ؟ — اذا غرس المالك أشجارا بالقرب من حدود ملكه فيجوز له أن يكتسب ، بوضع اليد مع مضى المدة القانونية ، الحق فى ابقاء تلك الأشجار رغم اضرارها بالأرض المجاورة ، ولكن لا سبيل لكسبه حق حفظ ما يطغى على ملك جاره من فروع الأشجار التى يغرسها أو ما يمتد اليه من جذوعها بطريق التقادم ، وذلك للأسباب الآتية :

أولا — ان نمو الأفرع التى تطغى على ملك الجار هو فى الحقيقة نتيجة فعل الطبيعة ، فلا يعد من قبيل الحيازة الواجب توافرها فى حق التقادم .

ثانيا — ان سكوت الجار عن طلب قطع هذه الأفرع يجب تأويله بأنه نتيجة تسامح منه .

ثالثا — أن نمو أفرع الأشجار المغروسة لا يحصل الا بالتوالى ، فى أوقات متعاقبة ، ففى هذه الحالة يتعذر تحديد الوقت الذى تبدأ فيه مدة التقادم تحديدا دقيقا .

(٤) وضع الحدود

Bornage

٥٣٦ — فى القانون الفرنسى — جاء فى المادة ٦٤٦ : « لكل مالك

= اذا أثبت أن هذا الجار مهمل فى المحافظة على الأشجار اهمالا ينشأ عنه ضرر حقيقى عظيم . ولا يقبل منه أن يلزم جاره بابعاد الأشجار عن الحائط لمجرد أن الحائط ليس متينا كما يجب ، اذ أنه فى مثل هذه الحالة هو الملزم باتخاذ الاحتياطات الكفيلة بأن استعمال جاره لحق ملكيته الاستعمال العادى لا ينشأ منه ضرر لحائطه (٤ يناير ١٩٢٣ (٣٥ ص ١٣٥) المحاماة ٣ رقم ٣٧٢ ص ٤٣٨) .

أن يلزم جاره بوضع حدود لأملاكهما المتلاصقة . ويكون وضع الحدود بمصاريف مشتركة » .

والحق فى الزام الجار بوضع الحدود ممنوح لكل مالك ، ولا يسقط بمضى المدة (٢٢٣٢ فرنسى) . فى أى وقت يجوز لمالك الأرض أن يرفع على جاره دعوى تعيين الحدود action en bornage ، للقيام بتعيين الحد الفاصل بين أطيانهما المتجاورة . ومتى بينت الحدود فانه يعمل محضر يقال له محضر التحديد abornement ، ويوقع عليه الطرفان ، ويرجع اليه عند اعادة وضع الحدود اذا ما حصل نقلها .

ووضع الحدود يكون بمصاريف مشتركة ، أى ان المصاريف تقسم بالتساوى ، ولو كانت الأراضى مختلفة المساحة ، لأن الفائدة التى تعود من وضع الحدود متساوية بالنسبة للجارين .

٥٣٧ — فى القانون المصرى — لم يذكر القانون المصرى حكم المادة ٦٤٦ فرنسى المتقدمة . ولكن قانون المرافعات ، عند بيانه الأصول المتعلقة باختصاص المحاكم ، بالنسبة لأنواع القضايا ، أشار الى دعاوى تعيين حدود العقار ، اذ نص فى المادة ٢٦/٢٩ على أن قاضى المواد الجزئية له أن يحكم فى الدعاوى المتعلقة بتعيين حدود العقار متى كانت الملكية غير متنازع فيها ، فالشارع بذكره الدعاوى المتعلقة بتعين الحدود فى قانون المرافعات قد اعترف بوجود هذا الحق فى مصر ، وانه وان كان لم يذكره فى المجموعة المدنية ، فى باب حقوق الارتفاق ، فما ذلك الا لكون منشأ هذا الحق موضع العقارات الطبيعى ، ويختلف اذن عن حقوق الارتفاق القانونية ، والقوانين التى ذكرت هذا الحق الطبيعى لم توجد هذا الحق ، بل أقرته .

(٥) التسوير الجبرى

Clôture forcée

٥٣٨ — فى القانون الفرنسى — بمقتضى القواعد العامة ، لكل مالك ،

بناء على حق ملكيته ، أن يسور أو لا يسور أرضه (المادة ٦٤٧) .

وقد نص القانون الفرنسى فى المادة ٦٦٣ على الزام المالك بتسوير أرضه فى أحوال مخصوصة ، اذ قرر أن : « لكل انسان أن يلزم جاره ، فى المدن والضواحى بأن يشترك معه فى انشاء أو اصلاح السياج الفاصل بين منازلهما أو أحواشهما أو بساتينهما الواقعة فى هذه المدن والضواحى . ويعين ارتفاع السياج بحسب اللوائح الخاصة والعادات الثابتة المعترف بها . فاذا لم تكن هناك عادات ولا لوائح فكل حائط يكون فاصلا بين جارين ينشأ أو يعاد بناؤه فى المستقبل يجب أن يكون ارتفاعه ٣٢ ديسمترا (عشر أقدام) على الأقل ، بما فى ذلك ذروة الحائط ، وهذا فى المدن المشتملة على خمسين ألف نفس فأكثر ، و٢٦ ديسيمترا (ثمانى أقدام) فى المدن الأخرى » .

وسبب القيد الذى جاءت به المادة ٦٦٣ هو المصلحة العامة ، لأنه فى المراكز الكبيرة يستلزم أمن الناس أن تسور العقارات ، وبتسوير الأراضى تنفض المشاكل بين الجيران ، فلم يتردد الشارع فى أن يضحى المصلحة الخاصة للمصلحة العامة .

ويكون انشاء الحائط بمصاريف مشتركة . ويقدم كل من الجارين نصف الأرض .

٥٣٩ — **فى القانون المصرى** — سنتكلم فى أحكام القانون المصرى بخصوص التسوير الجبرى بعد أن نبين أولا أحكام القانون الفرنسى الخاصة بالحائط المشترك .

(٦) الزام المالك جاره باشراكه فى الحائط الفاصل بينهما

Obligation de céder la mitoyenneté

٥٤٠ — **فى القانون الفرنسى** — جاء القانون الفرنسى فى المادة ٦٥٣ وما بعدها بأحكام كثيرة بشأن الحائط المشترك mur mitoyen .

ويكون الحائط مشتركا اذا أنشأه الجاران على حدود ملكهما بمصاريف مشتركة ، أو اذا أنشأه أحدهما وحصل الآخر على حق الاشتراك فيه .

ولكي يمنع أسباب النزاع المستمرة بين الجيران أوجد القانون الفرنسي قرينة بمقتضاها يعتبر كل حائط يستخدم للفصل بين أرضين مشتركا ، فقد جاء في المادة ٦٥٣ : « في المدن والخلاء يعتبر مشتركا كل حائط فاصل بين بناءين [١] لغاية مفرقهما [٢] ، أو بين الأحواش والبساتين ، أو بين أرضين مسورتين في الغيطان ، اذا لم يوجد عقد [٣] أو علامة تخالف ذلك [٤] » .

وينص القانون الفرنسي على أن لكل مالك الحق في أن يطلب الاشتراك في الجدار المملوك لجاره ، بالزام الجار باشراكه معه ، اذا دفع الى صاحب الحائط نصف قيمته ، أو نصف قيمة الجزء الذي يريد أن يجعله مشتركا ، ونصف قيمة الأرض المبنى عليها هذا الحائط (المادة ٦٦١) .

ولا شك في أن هذا النص يعتبر تعديا على حق الملكية . ولكن القانون الفرنسي صرح به مراعاة لمصلحة الجيران . ويقول الشراح ان هناك أيضا مصلحة عامة ، لأنه يهم المصلحة العامة ألا تضيع أرض ذات قيمة باحداث بناء عليها غير لازم ، فباشراك الجار في الحائط الفاصل يمكن توفير جزء من الأرض والعمل والأدوات .

ويترددون في منح المنتفع هذا الحق .

٥٤١ — **في القانون المصري** — لم يأت القانون المصري بالالتزامين السابقين ، أي الالتزام بالتسوير ، وباشراك الجار في الحائط الفاصل ، بل نص في المادة ٣٨ فقرة أولى / ٥٩ مدني على أنه :

---

(١) فاذا كان بين بناء وأرض غير مبنية فيعتبر الحائط مملوكا لصاحب البناء .

(٢) أي لغاية قمة البناء الأقل ارتفاعا ، أما ما زاد من البناء فيكون ملكا لصاحب البناء الأكثر ارتفاعا .

(٣) كما اذا وجد اتفاق بين جارين بمقتضاه يعترف بملكية الحائط لأحدهما .

(٤) راجع المادة ٦٥٤ .

« ليس للجار أن يجبر جاره على اقامة حائط أو نحوه على حدود ملكه ولا على أن يعطيه جزءا من حائط أو من الأرض التى عليها الحائط المذكور » .

« Nul ne peut forcer son voisin à s'enclore, ni à céder partie de son mur ou du terrain sur lequel se trouve ce mur ».

و بناء على المادة ٣٨ فقرة ٥٩/١ اذا لم يوجد اتفاق بهذا الشأن فليس لأحد الجيران أن يلزم جاره باشراكه معه فى الحائط الفاصل بينهما ، أو بأن يسور أرضه .

غير أن القانون المصرى تكلم بعد ذلك فى المادة ٣٨ فقرة ٦٠/٢ فى الحالة التى يكون فيها الحائط ولو أنه مملوك لشخص ، فانه يكون سياجا لعقار جاره ، فقال :

« ومع ذلك ليس لمالك الحائط أن يهدمه بمجرد ارادته اذا كان ذلك يترتب عليه حصول ضرر للجار المستتر ملكه بحائطه ما لم يكن هدمه بناء على باعث قوى » .

« Toutefois, le propriétaire d'un mur ne peut le détruire volontairement, sans motif sérieux, de façon à nuire au voisin dont la propriété est close » .

والحالة التى يظهر أن هذه الفقرة تشير اليها هى الحالة التى تكون فيها أرض المالك مسورة من كل الجهات ، ولكن من جهة منها يكون السور عبارة عن الحائط المملوك لجاره ، فاذا أراد الجار هدم هذا الحائط فلا بد أن تكون هناك أسباب تستدعى ذلك . والمحاكم هى التى تفصل على حسب الأحوال فيما اذا كانت الأسباب التى يقدمها المالك لهدم جداره تعتبر بواعث قوية أو لا .

ومبنى النص هو نظرية عدم اساءة استعمال الحقوق abus de droit لمجرد ارضاء الرغبة فى الاضرار بالغير .

وانه وان كان يجوز للجار بمقتضى الفقرة الثانية من المادة ٣٨ أن يستتر بحائط جاره وينتفع به ، الا أنه يجب عليه ألا يدخل فيه أبنية أو أخشابا أو غير ذلك مما يضر به .

والفقرة الأولى من المادة ٣٨/٥٩ المتقدمة مأخوذة من الشريعة الاسلامية ، فقد جاء فى المادة ٦٩ من مرشد الحيران : « لا يجوز للجار أن يجبر جاره على اقامة حائط أو غيره على حدود ملكه ولا على أن يعطيه جزءا من حائطه أو من الأرض القائم عليها الحائط » .

٥٤٢ — ولا يوجد ما يمنع الاتفاق على الاشتراك فى ملكية الحائط المملوك لجاره .

كذلك لايوجد ما يمنع من جواز تملك الحائط على الشيوع بوضع اليد المدة القانونية ، لأنه كان فى وسع المالك الأصلى ارغام الجار على عدم انتفاعه بالحائط انتفاعا يؤدى الى امتلاكه بوضع اليد . و يصير الحائط بامتلاك الجار له بوضع اليد مشتركا بين الفريقين فى الجزء الذى يستر فيه هذا الحائط منزل الجار واضع اليد .

٥٤٣ — **اثبات ملكية الحائط** — اذا حصل نزاع فى ملكية الجدار الفاصل بين ملكين وجب الرجوع الى قواعد الاثبات العامة (١) .

(٧) حقوق مالكى الطبقات

٥٤٤ — اذا كانت الدار مكونة من عدة طبقات ، وكان لكل طابق مالك ، فلا تعتبر الدار فى حالة شيوع ، بل يكون لكل من مالكى الطبقات جميع حقوق الملكية فى الطابق الخاص به ، فله أن يبيعه ، أو يهبه ، أو يوصى به ، أو يؤجره ، أو يرهنه ، و يورث عنه ، وله أن يجرى فيه جميع الأعمال والتحسينات ، بشرط ألا تعرض هذه الأعمال متانة البناء للخطر ، و بشرط ألا تضر بحقوق

---

(١) وقد حكم بأنه لما كان القانون المصرى لم يبين طريقة مخصوصة لاثبات ملكية الجدار الفاصل بين منزلين أو عقارين متجاورين فيجب الرجوع والحالة هذه الى طرق اثبات الملكية المعروفة ، فاذا لم توجد يحق للمحكمة أن تحكم بمقتضى قواعد العدل وعادات البلد وحكم العقل ، والعقل يقضى بأن الجدار الفاصل بين ملكين هو مشترك بين المالكين ، لأنه على فرض أن أحد المالكين بناه من ماله الخاص فلا يسمح لجاره أن ينتفع به دون أن يدفع نصف مصاريفه (السنطة الجزئية ٣١ يناير ١٩٠٦ الحقوق ٢١ ص ٧٦) .

الملاك الآخرين ، فله أن يستعيض عن تبليط أرضية طابقه بتخشيبها ، أو أن يستبدل بالتخشيب التبليط .

غير أن القانون قيد كل مالك بقيود لمنع الاضرار بالآخرين . وكذلك فانه توجد أجزاء من البناء تبقى فى حالة شيوع بين الملاك المختلفين ، مثل الحوش ، والبئر ، والباب العمومى ، والصاعد .

٥٤٥ — واجبات صاحب السفل — على صاحب الطابق الأسفل الواجبات الآتية :

(١) اجراء ما يلزم لمنع سقوط العلو — نص على هذا الالتزام فى المادة ٥٥/٣٤ [1] التى جاء فيها :

« يجب على مالك الأسفل من طبقات الأماكن اجراء الأشغال والعمارات اللازمة لمنع سقوط العلو المملوك لغيره .

فاذا امتنع من اجراء العمارات المقتضية لحفظ العلو المذكور جاز الحكم عليه ببيع ما يملكه فى المكان .

وعلى كل حال فللقاضى المعين للمواد الجزئية أن يأمر باجراء الأعمال الضرورية [2] » .

« Le propriétaire de l'étage inférieur d'un bâtiment doit faire les travaux et les constructions nécessaires pour empêcher la chute de l'étage supérieur.

S'il refuse à faire les travaux de consolidation nécessaires, la vente de la partie de la maison qui lui appartient peut être ordonnée.

En tout cas, les travaux urgents peuvent être ordonnés par le juge de justice sommaire ».

---

(١) تطابق المادة ٣٤ أهلى المادة ٥٥ مختلط ، مع حذف عبارة « الأشغال و » ، واستعاضة عبارة « فللقاضى المعين للمواد الجزئية » بعبارة « فلقاضى الأمور المستعجلة » .

(٢) وقد حكم بأن صاحب السفل لا يلزم باصلاح الخلل فى محل صاحب العلو اذا كان =

(٢) صيانة السقف — جاء فى المادة ٣٦/٥٧/٦٦٤ :

« على مالك الطبقة السفلى اجراء ما يلزم لصيانة السقف والأخشاب الحاملة له ، اذ أنها تعتبر ملكا له » .

« Le propriétaire de l'étage inférieur doit entretenir le plafond, y compris les poutres qui sont présumées lui appartenir ».

(٣) تجديد البناء فى حالة سقوطه — نصت على هذا الالتزام المادة ٣٧/٥٨ التى تقول :

« اذا سقط البنـاء يجب على مالك الطبقة السفلى تجديد بناء طبقته ، والا جاز بيع ملكه بالمحكمة » .

« Si la construction vient à tomber, le propriétaire de l'étage inférieur est obligé de reconstruire son étage, faute de quoi sa propriété pourra être vendue en justice ».

وتقصد هذه المادة حالة السقوط بحادث جبرى cas fortuit[(١)] . وما يباع بالمحكمة هو الأرض مع حق قرار العلو عليها .

ويلاحظ أن المادة ٣٧/٥٨ جاءت بقيد مهم لحق الملكية ، لأنه بمقتضى القواعد العامة للمالك الحق فى الانتفاع بملكه والتصرف فيه كما يشاء ، فله أن يترك ملكه يتهدم من غير أن يلزم بتجديده ، ولكن المادة ٣٧/٥٨ تجبره على التجديد فى الحالة المذكورة فيها . ولهذا يجب عدم التوسع فى تفسير الاستثناء الذى جاءت به المادة . وعلى ذلك فانه ولو أن المادة لم تتكلم الا فى البناء الذى سقط بالفعل فاذا خول القاضى حق الحكم بهدم بناء آئل للسقوط ، فيجب أن يثبت أن هذا البناء مقضى عليه نهائيا ، وأن سقوطه محقق ، وأنه لا يمكن استبقاؤه باجراء اصلاحات فيه .

=ذلك ناشئا عن ضعف مبانيه ، اذ لا يعقل أن يكلف انسان باصلاح ملك غيره . وكل ما أعطاه القانون هو الحق فى طلب بيع ملك من يمتنع عن اصلاح الخلل فى ملكه (مصر الابتدائية ٢٦ مايو ١٩٣١ المحاماة ١٣ رقم ١٤٢ ص ٣١٥) .

(١) راجع مرشد الحيران المادة ٦٦ : اذا هدم صاحب السفل سفله تعديا يجب عليه تجديد بنائه ، ويجبر على ذلك .

وقصد الشارع من تكليف صاحب الطبقة السفلى بتجديد بنائه هو جعل ذلك البناء صالحا لحمل الطبقة العليا بالحالة التى كانت عليها قبل السقوط ، دون زيادة فيها . فلا يجوز لصاحب ركوب مكون من دور واحد أن يطلب من صاحب الطبقة السفلى أن يجدد له بناء يقوى على تحمل ثلاث طبقات أو أربع .

ولكن ما الحكم اذا امتنع مالك السفل الذى تهدم أن يعيد بنائه ؟ تقول المادة ٥٨/٣٧ ، كما رأينا ، اذا سقط البناء يجب على مالك الطبقة السفلى تجديد بناء طبقته ، والا جاز بيع ملكه بالمحكمة . فهل يجب على المحكمة عند امتناع مالك السفل عن البناء أن تحكم ببيع ملكه فحسب ، أم هل يجوز لها أيضا أن تأذن لمالك الطبقة العليا ببناء الطبقة السفلى على نفقة مالك هذه الطبقة ؟

اختلف فى ذلك . فمن رأى بعض الشراح أنه اذا سقط البناء بقوة قاهرة وجب على صاحب السفل تجديد بنائه ، فاذا امتنع وجب بيع ملكه ، ولا يجوز فى هذه الحالة أن يقضى باقامة البناء على نفقته ، اذ قد تزيد النفقة على قيمة العقار ، فينبغى ترك ذلك للمالك ، وانه وان كانت المادة تقول « جاز » فانه ليس لهذا الجواز مقابل الا رضا المالك ، والمفروض هنا أنه ممتنع ، فلم يبق الا البيع(١) .

ونحن نرى أنه اذا امتنع مالك السفل من أن يعيد بناءه فانه يجوز للمحكمة ، بحسب ظروف الأحوال ، اما أن تحكم ببيع ملكه ، واما أن تأذن لمالك العلو ببناء الطبقة السفلى ، على نفقة مالك السفل ، تطبيقا للمادة ١٧٤/١١٧ مدنى ، التى تجيز للدائن « أن يحصل على الاذن من المحكمة بعمل ما تعهد به المدين أو بازالة ما فعله مخالفا لتعهده مع الزامه بالمصاريف ، وهذا وذلك مع مراعاة الامكان بحسب الأحوال » ، وخصوصا أن حكم المادة ٥٨/٣٧ مستمد من الشريعة الاسلامية ، فقد جاء فى المادة ٦٧ من مرشد الحيران : « اذا انهدم السفل بلا صنع صاحبه فعليه بناؤه بلا جبر عليه ، فان امتنع صاحب السفل من تعميره ،

---

(١) فتحى زغلول باشا ص ٦٢ . ومن هذا الرأى أيضا عبد السلام ذهنى بك فى كتابه « الأموال » نبذة ٢١٠ .

وعمره صاحب العلو باذن صاحبه أو باذن القاضى ، فله الرجوع على صاحب السفل بما أنفقه على العمارة بالغا ما بلغ قدره ، وان عمره بلا اذن صاحبه أو اذن القاضى فليس له الرجوع الا بقيمة البناء . وتقدر القيمة بمعرفة أرباب الخبرة زمن البناء لا زمن الرجوع . ولصاحب العلو أن يمنع فى الحالتين صاحب السفل من سكناه والانتفاع به حتى يوفيه حقه . وله أن يؤجره باذن القاضى و يستخلص حقه من أجرته » .

وعلى أى حال لا يجوز الحكم على مالك السفل بدفع تعويض . والحكمة فى ذلك ظاهرة ، وهى أن تكليف صاحب السفل بالبناء ، والزامه بالتعويض عند عدمه ، قد يكون فيه الزام بأمر متعذر ، وتكليف بما لا يستطاع ، لجواز عدم قدرته على ذلك .

وقد أخذت بالرأى الذى تقول به المحاكم [1] .

واذا سقط العلو لوهنه وتهدمه فى ذاته ، ولم يحصل شىء مخل فى بناء الطبقة السفلى ، فلا يكون صاحب هذه الطبقة مكلفا بشىء .

٥٤٦ — **واجبات صاحب العلو** — على مالك الطابق الأعلى الواجبات الآتية :

(١) ألا يزيد فى ارتفاع طبقته — جاءت بهذا الالتزام المادة ٣٥/٥٦ التى نصها :

« لا يجوز لصاحب العلو من الأماكن أن يزيد فى ارتفاع بنائه بحيث يضر بالبناء الأسفل » .	« Le propriétaire de l'étage supérieur ne doit pas surélever les constructions de manière à nuire à l'étage inférieur ».

وهذا الحكم مأخوذ من الشريعة الاسلامية ، فقد جاء فى المادة ٦٨ من مرشد الحيران : لا يجوز لذى العلو أن يبنى فى علوه بناء جديدا ، ولا أن يزيد فى ارتفاعه بغير اذن صاحب السفل ، الا اذا علم أنه لا يضر بالسفل ، فله ذلك

(١) استئناف مصر ٦ مارس ١٩١٩ المجموعة ٢١ رقم ٨ ص ١٥ .

بغير اذن صاحب السفل .

(٢) صيانة أرضية طبقته — نص على هذا الالتزام فى المادة ٣٦/٥٧/٦٦٤ التى جاء فيها :

« . . . وعلى مالك الطبقة العليا صيانة أرضية طبقته من بلاط وألواح . . . » .

« . . . Le propriétaire de l'étage supérieur doit entretenir le carrelage ou plancher de son étage. . . ».

(٣) صيانة السلم — قررت هذا الالتزام المادة ٣٦/٥٧/٦٦٤ التى جاء فيها :

« . . . وعليه أيضا اجراء ما يلزم لصيانة السلم من ابتداء الموضع الذى لا ينتفع به صاحب الطبقة السفلى » .

«. . . il doit entretenir aussi l'escalier depuis l'endroit qui ne sert pas au propriétaire de l'étage inférieur».

(٤) ألا يثقل السقف بثقل لا يحتمله — يجب على صاحب الطابق الأعلى ألا يثقل السقف بأساس أو بضائع لا تحتملها أخشابه .

٥٤٧ — وكما تقرر المادة ٦٦٤ فرنسى ، المقابلة للمواد المصرية ، لا تطبق النصوص المتقدمة الا اذا لم يوجد اتفاق بين ملاك الطبقات خاص بذلك .

٥٤٨ — الواجبات الملتزم بها كل من صاحبي السفل والعلو :

(١) بالنسبة للسلم — قلنا ان المادة ٣٦/٥٧ تنص على أن مالك الطبقة العليا مكلف باجراء ما يلزم لصيانة السلم من ابتداء الموضع الذى لا ينتفع به صاحب الطبقة السفلى . وما دون ذلك يكون على المالك الآخر . فاذا فرضنا أن الدار مكونة من طابقين ، الطابق الأرضى والطابق الذى فوقه ، فان صاحب الطابق الأعلى يكون عليه صيانة جميع السلم ابتداء من الطابق الأرضى ، لأنه هو الذى ينتفع به . ولكن لو فرضنا أن الدار مكونة من ثلاث طبقات ، فان مالك الطبقة الثالثة يلزم بصيانة السلم ابتداء من الطبقة الثانية ، فهو وحده الذى ينتفع بهذا الجزء من السلم ، ويشترك مع مالك الطبقة الثانية فى صيانة الجزء الخاص به الذى يصل من الطبقة الأرضية لطبقته ، لأن مالك الطبقة الثالثة ينتفع أيضا بهذا الجزء

الوصول الى الجزء الخاص به [١] .

(٢) الاشتراك فى دفع ما يصرف لمنفعة الجميع — هناك أجزاء ، كما تقدم ، تبقى مشتركة بين جميع ملاك الطبقات ، كالأرض المقام عليها المنزل ، والأساسات والحوش والبئر والباب العمومى [٢] . وتكون هذه الأجزاء محل شيوع اجبارى copropriété avec indivision forcée . وسبق أن بينا أحكام هذا النوع من الشيوع [٣] . ولا نرى بأسا من أن نكرر هنا أن لكل مشتاع أن ينتفع بالأجزاء الشائعة ، وأن يحصل منها على كل الفوائد المخولة له ، بشرط ألا يترتب على طريق الانتفاع الذى يتخذه تغيير اعدادها ، وألا يسبب أى ضرر لسائر المشتاعين . فليس لمالك الدور الأرضى أن يجرى أعمالا فى الأرض تضر بمتانة المنزل .

وملكية الأجزاء المشتركة تعتبر من توابع ملكية الطابق أو الدور ، ولا يجوز فصل التابع عن الأصل . فبيع الدور أو حجزه يتضمن بيع أو حجز الأجزاء المشتركة . ولكن يجوز للملاك أن يزيلوا الصفة المشتركة التى لبعض الأجزاء ، كأن يجعلوا الأرض أو السلم ملكا خاصا .

(٨) فتح المطلات والمناور

L'ouverture des vues et jours

٥٤٩ — الفرق بين المطلات والمناور — فرق القانون الفرنسى بين المطلات vues والمناور jours .

---

(١) حكمت بعض المحاكم الفرنسية بأن سلم كل طابق يكون مملوكا ملكا خاصا لصاحب الطابق الذى يوصل اليه (Aix ٢٦ أغسطس ١٨٤٥ دالوز ٤٥ — ٢ — ١١٤) .
ولكن الشراح يجمعون على أن السلم يبقى على الشيوع . وفى غالب الأحوال تنص سندات الملكية على بقائه فى حالة الشيوع .

(٢) راجع مرشد الحيران المادة ٦٥ : اذا كان باب السفل والعلو واحدا فلكل من صاحبيهما استعماله مشتركا ، فلا يسوغ لأحدهما أن يمنع الآخر من الانتفاع به دخولا وخروجا .

(٣) راجع نبذة ٢٨٠ وما بعدها .

فالمطلات vues هى فتحات يحدثها المالك للنظر منها الى الخارج ولمرور الهواء ، مثل الشبابيك .

أما المنـاور (ويقـال لهـا jours ، أو jours de souffrance ou de tolérance) فهى فتحات توجد لادخال النور ، أى لاضاءة المحال قليلة الضوء ، لا للنظر منها .

وتنقسم المطلات الى مطلات مقابلة أو مواجهة vues droites ou de face ، ومطلات منحرفة vues obliques ou de coté .

فالمطلات المقابلة أو المواجهة هى الفتحات التى تطل على ملك الجار مباشرة من غير أن يضطر الناظر الى الانحناء الى الخارج ، ومن غير أن يلفت رأسه الى اليمين أو الى الشمال . فتعتبر المطلات مواجهة اذا كانت الخطوط العمودية المقامة من سطح النافذة تتقابل فى احدى النقط مع الملك المجاور . فهى تفترض وجود عقار يقع كله أو بعضه فى مواجهة الفتحات .

أما المطلات المنحرفة فهى الفتحات التى لا تسمح بنظر ملك الجار الا بالالتفات الى اليمين أو الى الشمال ، فتفرض وجود ملك يكون حـده زاوية مع حائط الملك الموجودة فيه الفتحات ، أو وجود ملك على مسافة بعيدة من الفتحات ، فلا يمكن رؤيته منها الا بالانحناء الى خارجها .

واذا كان العقاران يقعان على خط واحد فلا توجد بينهما مطلات مواجهة ولا منحرفة ، الا اذا أنشأ مالك أحـد العقارين خارجة ، فعندئذ يوجـد مطل منحرف .

٥٥٠ — حق الرؤية — droit de prospect ou d'aspect — حق الرؤية نوع من المطلات ، غير أنه يتميز عن المطل العادى فى أنه حق بمقتضاه يصح لمالك العقار المرتفق أن يمنع جاره من احداث أى بناء أو غراس يعوق وجوده النظر الى أبعد ما يمكن أن يصل اليه . وهذا الحق لا ينشأ الا عن اتفاق خاص .

فى القانون الفرنسى

٥٥١ — **المطلات المواجهة** — تقضى المادة ٦٧٨ بأنه « لا يجوز ايجاد مطلات مقابلة على خط مستقيم أو شبابيك أو خارجات أو مشربات أخرى مماثلة ، على ملك الجار ، سـواء أكان مسورا أم غير مسور ، الا على مسافة تسعة عشر ديسيمترا (ست أقدام) من الحائط المنشأة فيه » .

وتحسب المسافة ، كما تنص على ذلك المادة ٦٨٠ ، من ظهر الحائط الذى تفتح فيه النافذة . واذا وجدت خارجات أو مشربات أخرى مماثلة فتحسب من الخط الخارجى لها الى الخط الفارق بين الملكين .

٥٥٢ — **المطلات المنحرفة** — تنص المادة ٦٧٩ على أنه « لا يجوز ايجاد مطلات منحرفة الا على مسافة ستة ديسيمترات (قدمين) من ملك الجار » .

وتحسب المسافة فيها كما تحسب مسافة المطلات المواجهة . وهو ما تقوله المادة ٦٨٠ . ولكن من رأى الشراح أن المـادة ٦٨٠ لا تنطبق الا بالنسبة للمطلات المواجهة . أما بالنسبة للمطلات المنحرفة فتقاس المسافة من طرف النافذة bord de l'ouverture الذى يكون أقرب الى العقار المجاور ، والا لو اتبعت الطريقة التى ذكرتها المادة ٦٨٠ لأدى ذلك الى القول بعدم امكان ايجاد فتحات منحرفة فى الحائط المتصل بملك الغير بأحد أطرافه .

٥٥٣ — **المناور** — فرق القـانون الفرنسى بالنسبة للمناور بين الحـائط المشترك والحائط غير المشترك .

والقاعدة أنه اذا كان الشيء مشتركا فانه يجب رضاء الشركاء جميعا للتصرف فيه . ولذلك قررت المـادة ٦٧٥ أنه « لا يجوز لأحـد الجيران ، من غير رضاء الآخر ، أن يحدث فى الحائط المشترك شباكا أو نافذة بأى وجه من الوجوه ، ولو ركب فيها زجاج غير شفاف (لا يشاهد من خلفه) » .

ويلاحظ أن نص المادة ٦٧٥ عام ، وينطبق على المناور ، كما ينطبق على

المطلات ، كالشبابيك والأبواب .

أما مالك الحائط غير المشترك المتصل بملك الغير فيجوز له أن يفتح فيه مناور ، فقد جاء فى المـادة ٦٧٦ : « مالك الحائط غير المشترك المتصل مباشرة بملك الغير يجوز له أن يحدث فيه مناور أو شبابيك بها شباك من الحديد وزجاج غير شفاف . ويجب أن تجهز هذه الشبابيك بشباك من الحديد بحيث لا تزيد عيونها على ديسيمتر واحـد (نحو ثلاثة أصابع وثمانى شعيرات) ، وأن تـكون مغطاة بزجاج غير شفاف » .

وتضيف المـادة ٦٧٧ أنه « لا يجوز ايجاد هذه الشبابيك أو المناور الا على ارتفاع ستة وعشرين ديسيمترا (ثمانى أقدام) من أرض المـكان المراد انارته ، اذا كانت المناور فى الدور الأرضى ، أو تسعة عشر ديسيمترا (ست أقدام) من أرضية الأدوار العلوية » .

ويجب اعتبار المسافة من جهة المالك الذى يحدث المناور اذا لم يكن العقاران المتجاوران فى مستو واحد ، لأن المادة ٦٧٧ تقول « من أرض المـكان المراد انارته » . ومن رأى بعض الشراح أن ارتفاع المنـار يجب أن يقاس من جهة الأرض الأكثر ارتفاعا . واذا كانت المناور منشأة لانارة السلم فيجب احتساب المسافة من الدرجة التى تـكون أقرب الى النافذة .

أما مقدار الفتحات نفسها من حيث ارتفاعها وعرضها فلم يعينه القانون ، فللمالك أن يعينه كما يشاء .

٥٥٤ — **طبيعة المناور** — الحق الذى للمالك فى ايجاد مناور فى حائط ملـكه المجاور للجار ، بالشروط التى نص عليها القانون ، لا يمنع مالك العقار المجاور من اقامة أبنية ، ولو ترتب على اقامتها حجب هذه المناور . وهـذا الحق يكون له ، ولو مضى على المناور ثلاثون سـنة ، لأن التقادم يفترض وجود تعد على حق الغير ، والحال أن المالك الذى ينشىء المناور بالشروط القانونية لا يعتدى على حق الجار ، وانما يستعمل الحق الذى خوله اياه القانون ، والجار الذى يقيم

الأبنية لم يفقد حق اقامة الأبنية بمضى المدة . ولهذا أطلق على المناور باللغة الفرنسية عبارة jours de tolérance .

أما اذا انشئت المناور من غير أن تراعى الشروط القانونية فانه يكون للجار الحق فى أن يطلب سدها أو تعديلها وفقا لأحكام القانون . ويجوز اكتسابها كحقوق ارتفاق jours de servitude .

فى القانون المصرى

٥٥٥ — للمالك أن يبنى ويقيم حوائط منزله على حدود ملكه اذا لم يفتح منافذ . أما اذا أراد ايجاد فتحات فيجب عليه مراعاة المسافة التى نص عليها القانون .

ولم يذكر القانون المصرى كما تقدم الا المطلات المقابلة أو المواجهة المفتوحة على ملك الجار ، ولم يذكر المطلات المنحرفة ولا المناور .

٥٥٦ — **المطلات المواجهة** Vues droites — يجب أن يفهم من عبارة المطلات المواجهة ، كما فى القانون الفرنسى ، الفتحات التى يمكن المالك أن يطل منها على ملك الجار ، من غير أن ينحنى الى خارج النافذة ، أو يلفت رأسه الى اليمين أو الى اليسار . ولا يكفى أن تسمح النافذة بمرور الهواء والنور لتكون مطلا ، بل يلزم أن يكون المقصود الانتفاع منها بالنظر . وهذا التعريف يستفاد من معنى المطل الشرعى والعرفى .

وقد جاء فى المادة ٦١/٣٩ أنه :

« لا يجوز للجار أن يكون له على جاره مطل مقابل على خط مستقيم بمسافة أقل من متر واحد» .

« Nul ne peut avoir sur son voisin une vue droite à une distance moindre d'un mètre ».

وهذه المسافة تجب مراعاتها بالنسبة لكل الأعمال أو الأبنية التى يمكن أن يطل منها على ملك الجار ، فتشمل السطح المكشوف ، وكل الجهات المرتفعة التى يطل منها على ملك الجار .

ولا يهم ما اذا كان العقار الذى يفتح عليه المطل بناء أو أرضا ، مسورا أو

غير مسور ، فى المدن أو فى القرى ، مسكونا أو غير مسكون . كما لا يهم اذا كان البناء الذى تفتح فيه المطلات معدا للسكنى أو لا ، ولا اذا كانت النافذ تفتح فى حائط المنزل أو فى حائط السياج أو السور .

ولا يشترط وجود فتحات متقابلة فى العقارين ، أى فى العقار الذى تفتح فيه المطلات والعقار الذى تفتح عليه .

وليس من الضرورى أن ينتج من المطل ضرر للجار ، لأن القانون يعتبر حصول الضرر على أى حال .

ولم يعين القانون ارتفاع الفتحات ولا عرضها ، فللمالك مطلق الحرية فى تعيين مقدار النافذة التى يرغب فى فتحها .

٥٥٧ — نص القانوله المختلط — يجب أن يلاحظ ما جاء فى القانون المختلط ، فان المادة ٦١ أضافت ، بعد عبارة « أقل من متر واحد » ، بين قوسين ، عبارة « ذراعين وثلثى ذراع تقريبا » (2 pics deux tiers environ) . ولكن الذراع pic تساوى ٧٥ سنتيمترا ، فالمتر الواحد عبارة عن ذراع وثلث . وهذا سهو من الشارع ، وربما كان غرضه أولا أن يوجد فى مصر نفس المسافة المذكورة فى القانون الفرنسى ، ثم غير قصده بعد ذلك . ومما يدل على أن الشارع أراد اعتبار المسافة مترا واحدا ، لا ذراعين وثلثى ذراع ، هو أن القانون الأهلى لم يقع فى هـذا الخطأ ، بل اكتفى بتحديد المسافة بمتر واحد ، من غير أن ينص على المسافة بالأذرع .

٥٥٨ — كيفية احتساب المسافة — وضع القانون المصرى لاحتساب المسافة نفس القاعدة الواردة بالقانون الفرنسى ، فقال فى المادة ٦٢/٤٠ :

« تقاس تلك المسافة اما من ظهر الحائط الذى فيه المطل المذكور أو من ظاهر الخرجة أو المشربة » .

«La distance se mesure du parement extérieur du mur où la vue est pratiquée ou de la ligne extérieure du balcon ou de la saillie».

وتقاس المسافة لغاية حد الجار .

واذا كان بالملك المجاور خرجة أو مشربة ، فان هذا لا يؤثر فى القاعدة التى نص عليها لاحتساب المسافة ، فتقاس المسافة بصرف النظر عن الخرجة أو المشربة لغاية الخط الذى يحد أرض الجار .

٥٥٩ — *الخرجات* — يجب اعتبار بروز « البالكون » أو المشربة مطلا مواجها بالنسبة للعقار المجاور الذى يكون زاوية قائمة أو ما يقرب منها ، ومطلا منحرفا بالنسبة للعقار المجاور الذى تقع واجهته على نفس الخط .

ويلاحظ بالنسبة للخرجات أنها تعتبر مطلات مقابلة ، ليس فقط بالنسبة للأملاك المواجهة لها ، بل أيضا بالنسبة للأملاك المجاورة ، اذ يمكن الاطلال عليها جميعها ، من غير أن يضطر الناظر الى الانحناء للخارج ، ولذا تجب مراعاة المسافة القانونية من جهاتها الثلاث .

٥٦٠ — *المطلات التى تفتح على حائط لا منافذ فيه* — جرى البحث فيما اذا كانت تجب مراعاة المسافة بالنسبة لعقار الجار الذى يكون مسورا بحائط مرتفع يمنع وصول النظر اليه . فمن رأى البعض أنه تجب مراعاة المسافة ، لأن القانون لا يفرق بين العقارات المسورة وغيرها ، ولا بين ما اذا كان السور أو الحائط يمنع من النظر أو لا يمنع . ومن رأى معظم الشراح والمحاكم أن المسافة لا تراعى الا اذا أمكن النظر من خلال الفتحات ، فاذا كان مقابل الفتحة حائط مسدود أو سطح لا نوافذ فيه فلا يشترط فى هذه الحالة مراعاة المسافة القانونية . ونحن من هذا الرأى .

ولكن اذا كانت الفتحات تسمح بالنظر ، لا الى الحائط أو السطح فحسب ، بل الى أجزاء أخرى من العقار المجاور ، فانه يكون للجار أن يطلب سدها . كذلك يكون للجار أن يطلب سد هذه الفتحات اذا هدم الحائط الفاصل ، ويكون له هذا الحق ، ولو مضت مدة طويلة على وجود الفتحات ، لأنه أثناء قيام الحائط لم يكتسب صاحب النوافذ مطلا على ملك الجار ، اذ لاكتساب هذا الحق يجب أن يوجد تعد على ملك الغير

٥٦١ — المطلات التي تفتح على الطريق العام — مراعاة المسافة غير لازمة اذا كان المطل على شارع أو طريق عام . ولكن يجب احترام القيود التي تقررها السلطات الادارية .

واذا كان عرض الطريق العام يقل عن المسافة القانونية فان هذا لا يستلزم مراعاة المسافة القانونية ، لأن الطريق معد لأن يكون على جانبيه منازل ، وأن توجد فيها شبابيك تطل عليه ، بل ان المصلحة العامة تستلزم ذلك ، لأنه فضلا عن أنه لا يكون للشارع منظر جميل اذا لم يكن للمنازل منافذ عليه ، فانه لا يؤمن على حياة المارة اذا لم توجد هذه المنافذ . يضاف الى ذلك أن اباحة فتح المنافذ على الشارع فى مصلحة الجارين المتقابلين ، لأنه يكون لكل منهما أن يحدث فى منزله الشبابيك التي يريدها ، فيستفيد الجاران أكثر مما يخسران .

ويجوز للمالك أن يوجد خارجات على الطريق العام ، وليس عليه قيد الا اتباع الشروط التي تحتمها السلطات الادارية .

٥٦٢ — طبيعة المطلات المواجهة المنشأة وفقا للقانون — المطلات المواجهة التي تنشأ وفقا لنصوص القانون لا تعتبر حقوق ارتفاق لمنفعة المالك الذى يفتحها على ملك جاره ، لأن المالك باحداثها لم يعمل الا كونه استعمل حق ملكيته . وان كان القانون قد قيد انشاءها فما ذلك الا لأنه وجد هذه القيود واجبة لاستعمال هذا الحق ، فهى من شروط استعمال الملكية .

والمالك المجاور لا يمكنه أن يطلب ازالتها ، لأن القانون أباح ايجادها وابقاءها ، فيجب عليه أن يتحملها ، وبما أنها لا تعتبر حقوق ارتفاق واجبا احترامها فانه يكون للجار الحق فى البناء حتى آخر حدود ملكه ، ولو حجب هذه المطلات ، لأنه هو أيضا لم يفعل الا كونه استعمل حق ملكيته ، ويبقى له هذا الحق فى البناء مهما مضى من الزمن بعد احداث هذه المطلات ، ولو زاد على خمس عشرة سنة [1] ، ولا يمكن جاره أن يحتج عليه بمضى المدة ، لأنه للاحتجاج به يجب

---

(١) فى القانون الفرنسى : ٣٠ سنة .

أن يكون ارتكب فعلا مخالفا للقانون ، أى أن يعتدى على حق غيره ، وهنا لم يفعل المالك الا أنه استعمل ما سمح له القانون بعمله بمقتضى حق ملكيته .

٥٦٣ — المطلات المنشأة فى المسافة الممنوعة — لا يكفى أن يقضى بالتضمينات من أجل الضرر الناشىء عن المطل الذى يفتح فى المسافة الممنوعة ، بل يقضى بسده ، اذ أن هـذا المطل يعد اعتداء على ملك الجـار ، فيمكن أن يكتسب بمضى المدة ، ولذلك كانت مصلحة الجار المفتوح المطل على ملكه ظاهرة فى المطالبة بسده حتى لا يتحول فى نهاية المدة الى حق ، ولا يعترض بأن للجار المعتدى عليه أن يقيم ما شاء من الأبنية على حدوده لسد المطل ، لأن المخالفة يجب أن تزال ، والمكلف بازالتها هو المخالف .

٥٦٤ — سد المطلات الممنوعة — اذا طلب شخص سد نوافذ ، مخالفة لنص المادة ٣٩ ، فلا يهم عدم وجود نوافذ فى منزله مقابلة لتلك التى يشكو منها ، لأن المادة ٣٩/٦١ عامة ، سواء أكان العقار المطل عليه بناء أم أرضا فضاء .

ويجوز الترخيص للجار بسد المطلات المنشأة فى المسافة الممنوعة بمصاريف على الذى أحدثها .

ولم يبين القانون الوسائل التى بها يحكم بسد المطل الذى يفتح من غير مراعاة المسافة القانونية . وهـذه مسئلة موضوعية تختلف باختلاف الأحوال . والمحكمة تقدر فى كل قضية على حدتها اذا كانت الطريقة التى تسد بها النافذة تكفى لتحقيق ما أراده القانون [١] .

٥٦٥ — المطلات الارتفاقية — يقصد بالمطلات الارتفاقية vues de

---

(١) وقد حكم بأنه يمكن أن يعتبر كافيـا اقامة حاجز من الخشب ، بشرط أن يسد المطل سدا تاما ، وأن يكون دائمـا . ولـكن لا يكون كافيا اذا كان الحاجز المقام حاجزا متحركا ، ومن الممكن ازاحته عن محله بسهولة ، وفى مثل هذه الحالة لا يمكن أن يبقى الجار معرضا لأن يكرر تجـديد دعوى منع التعرض ، ويكون هناك محل للحكم بازالة المطل بصفة دائمة بالبناء (استئناف مختلط ١٥ يناير ١٩٢٥ (٣٧ ص ١٦٦) .

servitude ، أو حقوق ارتفاق المطلات Servitudes de vues ، المطلات التى تنشأ فى المسافة الممنوعة ، لأن الجار غير ملزم بتحملها الا بصفة حقوق ارتفاق ، فاذا فتحت هذه المطلات من غير مراعاة المسافة القانونية فانه يكون للجار كما تقدم الحق فى أن يبنى مقابلها حائطا لسدها ، أو أن يطلب ازالتها ، حتى ولو لم يترتب على وجودها ضرر له ، لأن القانون يفرض وجود الضرر فى كل الأحوال .

ولـكن قد يكتسب المالك حق فتح هـذه المطلات بصفة حق ارتفاق . ويجوز اكتساب هذا الحق : (ا) بسـند ، أو (ب) بناء على تخصيص رب الأسرة ، أو (ج) بالتقادم :

(ا) بسند — يجوز اكتساب المطل بسـند ، بناء على عقد أو وصية . ونفس العقد أو الوصية هو الذى ينص على نطاق حق الارتفاق . واذا لم ينص على ذلك فلا يترتب على حق الارتفاق سوى وجوب عدم البناء فى المسافة المبينة فى المادتين ٣٩ و ٤٠/٦١ و ٦٢ . وعلى قاضى الموضوع البحث عن قصد المتعاقدين المشترك لتفسير السند المنشىء لحق الارتفاق .

ومن رأى أحد الشراح أنه يجوز للجار أن يبنى على مسافة أقل من المسافة القانونية اذا كان بناؤه لا يمنع النور ولا يحجب النظر عن مالك العقار المرتفق . ولـكن هذا الرأى لم يأخذ به باقى الشراح والأحكام .

(ب) بتخصيص رب الأسرة — قد ينشأ ارتفاق المطل بناء على تخصيص رب الأسرة ، ويترتب عليه الامتناع عن انشاء أى بناء فى الأرض المرتفق بهـا يحجب المطل . وليس لمالك العقار الخادم أن يبنى الا فى المسافة المبينة فى القانون .

(ج) بالتقادم — يجوز اكتساب حق ارتفاق المطل القابل المنشأ على مسافة أقل من المسافة القانونية من ملك الجار ، خلافا لنص المادة ٣٩/٦١/٦٧٨ ، وذلك بمضى خمس عشرة سنة (٣٠ سنة فى القانون الفرنسى)[١] . ويجب أن تتوافر كل الشروط اللازمة لاكتساب الحق بمضى المدة . والمطلات التى تفتح

---

(١) وفى القانون الفرنسى يجب أن يكون حق الارتفاق مستمرا وظاهرا .

على ملك الجار ، وتبقى من باب التسامح ، لا يمكن اكتسابها كحقوق ارتفاق ، مهما مضى من الزمن . وقد حكم بأن المطلات المفتوحة على أرض فضاء تعتبر حاصلة من باب التسامح ، فهى لا تشعر مالك الأرض بضرر ، وليس فى وجودها اعتداء على وضع يده أو انتفاعه بملكه ، فلا تكتسب صفة الارتفاق مهما طالت المدة على فتحها(١) .

و يترتب على اكتساب حق المطل بمضى المدة نفس النتائج التى تترتب على حق الارتفاق المنشأ باتفاق الطرفين فى حالة عدم النص على نطاق هذا الحق . فالمالك الذى يفتح مطلات فى المسافة الممنوعة يكون له الحق فى أن يبقيها بعد مضى خمس عشرة سنة ، وليس لجاره أن يطلب ازالتها ، ولا أن يسدها باقامة حائط أو غراس على مسافة أقل من المسافة القانونية . و بهذا الرأى حكمت المحاكم الفرنسية والمصرية ، و به يقول معظم الشراح .

واذا اكتسب حق المطل على أرض الجار بمضى المدة ، فليس للجار اذا بنى أو غرس أن يترك المسافة القانونية بطول فتحة المطل فقط ، وانما يجب عليه أن يترك هذه المسافة بطول الحد الواقعة فيه المطلات ، ليتسنى لمن اكتسب حق الارتفاق أن يتمتع بالمطل والنور والهواء . وقد أخذت بهذا الرأى بعض المحاكم المصرية والفرنسية . ورأى بعض الأحكام أن الجار لا يلزم الا بترك المسافة القانونية بطول فتحة المطل فقط ، لا بطول الحد .

ولا يجوز لمكتسب الحق استعمال حقه بمسافة أكثر من المسافة المبينة فى القانون ، أى بأكثر من مسافة متر من الحائط أو من الخارجة أو المشربة .

و يرى بعض المحاكم والشراح أنه يترتب على مضى المدة حرمان الجار من طلب ازالة المطل المنشأ فى المسافة الممنوعة ، ولكن يبقى له الحق فى البناء فى حدود ملكه ، ولو سد المطل بالبناء ، لأن المالك لم يكتسب حق ارتفاق عدم التعلية أو عدم حجب الضوء altius non tollendi ou luminibus non officendi .

---

(١) راجع كتابنا « الملكية والحقوق العينية » نبذة ٧٢٧ .

ونطاق حقوق الارتفاق المكتسبة بمضى المدة يعينه وضع اليد الذى كان أساسا للتقادم ، تطبيقا للقاعدة الرومانية : tantum praescriptum quantum possessum — il n'est prescrit qu'autant qu'il est possédé . فمن يكتسب حق المطل من شباك ليس له أن يفتح شبا كا آخر غيره . والمالك الذى لم يكتسب حقا فى الاطلال الا لشبابيك الدور الأول لا يتسنى له أن يمنع جاره من اقامة أبنية تسد عليه الشبابيك التى يريد فتحها فى الدور الأرضى فقط .

ولكن وان كان صاحب المطلات المكتسبة بمضى المدة لا يمكنه أن يزيد عليها فتحات جديدة ، فانه يجوز له أن يوسع الفتحات الموجودة ، لأن القانون لم يقيد سعة الفتحات .

٥٦٦ — **زوال المطل بهدم المنزل** — يزول حق المطل بهدم المنزل المقرر لمصلحته هذا الحق . فاذا انهدم المنزل أو احترق زال حق المطل . واذا أعيد بناء المنزل فان الارتفاق يعود ، بشرط أن يستعمل بنفس الشروط ، ولا تسوغ الزيادة فيه . وعند النزاع يمكن أن يثبت بالبينة الطريقة التى وجدت بها الفتحات القديمة . ولا يعود الارتفاق متى بنى المنزل من جديد اذا مضى خمس عشرة سنة على زواله ولم يجدد ، اذ فى هذه الحالة يسقط حق المطل بعدم الاستعمال .

٥٦٧ — **المطلات المنحرفة والمناور** — Vues obliques et jours — لم تتكلم القوانين المصرية فى هذه الفتحات ، فهل للمالك أن ينشئها بمقتضى حق ملكيته من غير قيد ؟

الأصل أن حق انتفاع المالك بملكه غير مقيد ، الا اذا وجد نص فى القانون يقيده ، وهنا لم يأت القانون بأى قيد ، فاذن لا توجد شروط يجب على المالك أن يراعيها ، فيمكنه بما له من الحق المطلق فى الانتفاع بما له أن يحدثها ولو فى آخر حدود ملكه . وليس لجاره الذى تفتح على ملكه هذه الفتحات أن يمنع احداثها أو أن يجبره على ازالتها ، لأنه لم يفعل الا ما يمنحه اياه حق ملكيته وما لا يعترضه القانون فيه . ولكن للجار ، بمقتضى حقه فى الانتفاع بملكه ، أن يقيم أبنية على

حدود أرضه ، ولو نشأ عنها سد تلك الفتحات . وهذا ما تقضى به المحاكم الأهلية والمختلطة .

وكانت المحكمة المختلطة قد حكمت فى أول الأمر باشتراط بعض القيود ، اذ قررت أنه لعدم وجود نص فى القانون يقضى بايجاد زجاج غير شفاف ، فتطبيقا لقواعد العدل والقانون الطبيعى يقتضى فى هذه الحالة استعمال ألواح من الزجاج غير شفافة ووضع شبكة من الحديد ضيقة الحلقات (سنتيمتران على الأكثر) ، وأن تكون المناور على ارتفاع يزيد على مترين . ولكن الأحكام التى صدرت بعد ذلك قضت بالرأى المتقدم ، اذ قررت أنه يجوز للمالك احداث مناور لادخال النور أو للتهوية ، بشرط ألا تكون مضرة بالجار ، الذى له أن يبنى على ملكه ولو نشأ من البناء سد هذه المناور .

٥٦٨ — **المناور التى يمكن الاطلال منها** — أجاز الشارع المناور من غير قيد ، لأنه لا ضرر من وجودها ، اذ الغرض من انشائها ادخال الضوء ، فهى مباحة ما دام أن الضرر منها منتف عن الجار . ولكن اذا وقع الضرر ، بأن استعان صاحب الدار باعتلاء أشياء للرؤية من المناور ، وجب سدها . فاذا أمكن الاطلال من المناور بكيفية يمكن بواسطتها رؤية ما يطل عليه فهى مطلات ممنوعة قانونا . وقد حكم بأن النافذة الموجودة على السلم تعتبر مطلا تجب ازالته ، اذ من السهل للصاعد على السلم أن يرى منزل الجار .

٥٦٩ — **هل تكتسب المطلات المنحرفة والمناور بمضى المدة ؟** — لا يمكن ذلك ، لأن هذه الفتحات لا توجد الا بطريق التسامح ، ولاكتساب الحق بمضى المدة يجب عمل شىء غير جائز ، أى التعدى على حق الغير . وهنا المالك الذى يحدث مثل هذه الفتحات يعمل عملا قانونيا يخوله اياه حق ملكيته ، فليس لجاره أن يطلب ازالتها . وعلى ذلك مهما طال الزمن على ايجاد هذه الفتحات فليس لموجدها أن يدعى اكتساب حق ارتفاق بمضى المدة . وللجار أن يقيم على حدوده ما شاء من البناء ولو أدى الى سدها .

(٩) حق المرور أو المسلك

Droit de Passage

٥٧٠ — نصت المادة ٤٣ / ٦٥ على حق المرور ، ويقال له أيضا « حق المسلك » ، بقولها :

« لصاحب الأرض التى ليس لها اتصال بالطريق العمومى الحق فى الاستحصال[1] على مسلك من أرض الغير للوصول الى الطريق المذكور . ويكون الحكم بمعرفة المحاكم فيما يتعلق بتعيين ذلك المسلك وبتقدير ما يعطى مقدما من تعويض فى مقابلة المسلك المذكور » .

«Le droit de passage jusqu'à la voie publique des propriétés enclavées est réglé par les tribunaux, en ce qui concerne son mode d'exercice et l'indemnité préalable à laquelle il donne droit».

وهذه المادة تقابل المادة ٦٨٢ فرنسى المعدلة بقانون ٢٠ أغسطس سنة ١٨٨١ التى تقرر أن : « لصاحب الأرض التى ليس لها أى اتصال بالطريق العام ، أو التى لها اتصال غير كاف لاستغلالها استغلالا زراعيا أو صناعيا أن يطلب مسلكا على أراضى جيرانه ، على شرط أن يعوض الضرر الناشىء من ايجاد هذا المسلك » .

٥٧١ — **شروط ترتيب حق المرور** — يجب توافر الشروط الآتية :

(١) ألا يكون للعقار اتصال بالطريق العام .

(٢) ألا يوجد عائق يعترض ادعاء مالك العقار المحصور .

(٣) أن يطلب المسلك المالك أو من له حق عينى .

(٤) أن يدفع طالب المسلك تعويضا .

٥٧٢ — **الشرط الأول — ألا يكون للعقار اتصال بالطريق العام** — ليس لصاحب الأرض أن يحصل على مسلك من أرض الجار الا اذا كانت أرضه

---

(١) الحصول .

غير متصلة بالطريق العام . وتعتبر الأرض كذلك اذا لم يكن لها اتصال به ، أى فى الحالة التى تكون فيها محاطة من كل الجهات بأراض لغير مالكها تمنعها من الاتصال بالطريق العام ، أو اذا لم يكن لها اتصال كاف لاستغلالها ، كما اذا كان المسلك الذى يوصل بين الأراضى الزراعية والطريق العام لا يمكن أن يستعمله المالك للمرور بماشيته وعرباته وآلات زراعته ، أو اذا كانت الأرض مفصولة عن الطريق العام بمنحدر يمنع انحداره مرور الخيل والمواشى المعدة لاستغلالها . ولم تكن المادة ٦٨٢ فرنسى تنص ، قبل سنة ١٨٨١ ، على المسلك الذى يكون غير كاف لاستغلال الأرض ، وكان الشراح مختلفين فيما اذا كان للمالك الحق فى الحصول على حق المرور فى هذه الحالة ، ولكن قانون ٢٠ أغسطس سنة ١٨٨١ عدل المادة بتخويل المالك هذا الحق .

وقاضى الموضوع هو الذى يفصل فيما اذا كان المسلك الموجود كافيا لاستغلال الأرض أو لا .

واذا كان المسلك الموجود كافيا ، ولكنه غير مريح فانه لا يكون للمالك الحق فى مسلك آخر ، لأن المسلك الذى يمنحه القانون هو المسلك الذى يكون ضروريا ، لا المسلك الذى يكون مفيدا أو سهلا .

وليس للمالك أن يطالب بمسلك اذا كان له حق مرور مقرر باتفاق خاص ، ولو أن عقده موضوع نزاع ، أو اذا كان حقه فى المرور مبنيا على مجرد التسامح ، ما دام حقه فى المرور لم يزل .

٥٧٣ — يجب أن يكون المسلك لاستغلال الأرض — ليس لمالك الأرض حق فى الحصول على مسلك الا اذا كان لاستغلال الأرض ، سواء أكان الاستغلال زراعيا أم صناعيا . ونص المادة ٦٨٢ الفرنسية ، المعدل فى سنة ١٨٨١ ، صريح فى ذلك . وقبل التعديل كانت المادة تقضى بأن لمالك الأرض المحصورة الحق فى مسلك لاستغلال أرضه ، من غير أن تبين طبيعة هذا الاستغلال ، وادعى بعض الشراح أن المقصود من الاستغلال المذكور فى المادة هو الاستغلال

الزراعى ، لأنه هو فقط الذى فكر فيه الشارع .

ويجب أن يكون الاستغلال فى القانون المصرى شاملا لكل أنواعه ، اذ أن المادة المصرية لم تفرق ، وعبارتها عامة .

ويكون حق المرور بالنسبة لكل أنواع العقارات ، كيفما كان الانتفاع الذى يقرره المالك .

واذا تغير استعمال العقار ، كأرض زراعية استعملت للصناعة ، بحيث ان حق المرور الأول أصبح غير كاف للاستغلال الجديد ، فيكون لصاحب الأرض المذكورة الحق فى تغيير المسلك الأول ، وجعله أوسع نطاقا ليكون كافيا للاستغلال الجديد .

والارتفاق القانونى بالمرور ليس محدودا باحتياجات العقار الحالية ، بل هو خاضع لضروريات العقار المحصور بحسب التخصيص الذى يعد له هـذا العقار ، اذ يجب أن يحصل المالك من عقاره على كل المنفعة التى يكون قابلا لها ، وأن يستطيع استغلاله كما لو لم يكن محصورا .

٥٧٤ — **المسلك خاص بالأرض المنفصلة عن الطريق** — ليس للمالك أن يتنازل عن حق المرور لغيره ، لأن القـانون لم يمنحه حق المرور الا لاستغلال العقار غير المتصل بالطريق العام .

كذلك ليس للمالك أن يستعمل المسلك الذى له فى أرض الغير لاستغلال أرض أخرى يكون قد تملكها بعد ذلك ، بل يجب عليه فى هذه الحالة أن يحصل على مسلك للأرض الجـديدة ، وقد يكون هذا المسلك هو نفس المسلك الممنوح لأرضه القديمة .

٥٧٥ — **الشرط الثانى — ألا يوجد عائق يعترض ادعاء مالك العقار المحصور** — كما اذا كان عدم الاتصال ناشئا عن فعله ، فانه فى هـذه الحالة لا يكون له أن يطالب بمسلك . مثاله أن يكون له ممر كاف لاستغلال أرضه ، فيحرم نفسه منه باقامة بناء يمنع اتصاله بالطريق .

٥٧٦ — الشرط الثالث — أنه يطلب المسلك المالك أو من له حق عيني — الحق فى طلب المسلك ممنوح فقط لصاحب الأرض التى ليس لها اتصال بالطريق العام ، أو لمن يكون له حق عينى على الأرض المحصورة ، مثل المنتفع ، وصاحب حق الاستعمال ، ونحوهما ، لأن لهم أن يطلبوا ، بأنفسهم ، ازالة العوائق التى تحول دون استعمال حقهم . أما من يكون له حق شخصى ، مثل الزارع ، أو المستأجر ، فليس له هذا الحق ، بل له أن يلجأ الى المؤجر للحصول على المسلك اللازم .

٥٧٧ — الشرط الرابع — أنه يدفع طالب المسلك تعويضا — يجب دفع تعويض فى مقابلة المسلك الذى يعطى صاحب الأرض التى ليس لها اتصال بالطريق العام .

ويجب أن يلاحظ أن حق المرور لا يعطى مالك العقار المرتفق ملكية الأرض المقرر عليها المرور ، بل تبقى الملكية لصاحب العقار المرتفق به ، ويكون له أن يتصرف فيها كما يشاء ، بشرط ألا يضر بحق المرور .

والأصل أن يتفق على التعويض بين ذوى الشأن . وعند عدم الاتفاق يكون تقدير التعويض بمعرفة المحاكم . وقد ذكرت ذلك صراحة المادة ٤٣/٦٥ . وللمحاكم أن تستعين فى تقديرها بخبراء تندبهم لذلك .

ويقدر التعويض ، لا بالنسبة للفائدة التى تعود من انشاء الممر على مالك الأرض المحصورة ، وانما بنسبة الضرر الذى يسببه ايجاد الممر لمالك الأرض التى يقرر عليها .

وقد يقدر التعويض بمبلغ يقدم دفعة واحدة ، أو بمبلغ يدفع سنويا .

ويجب دفع التعويض مقدما ، كما تنص المادة ٤٣/٦٥ . وفى القانون الفرنسى لا يلزم دفع التعويض مقدما .

ولا يعطى التعويض الا فى حالة عدم الاتصال بالطريق العام الذى يحدث بسبب آخر غير البيع أو المقايضة أو القسمة أو أى عقد آخر . أما فى هذه

الحالات فان المسلك يكون بدون دفع تعويض ، الا اذا اتفق على خلاف ذلك ، لأنه فى حالة القسمة ، بسبب مبدأ المساواة الذى يجب أن يسود بين المتقاسمين ، يفرض أن الجزء المحصور يكون له اتصال بالطريق العام من الأجزاء الأخرى ، وفى حالة البيع يجب على البائع أن يسلم الشىء مع توابعه وكل ما هو معد لاستعماله الدائم ، و بين هذه التوابع حق المرور ، لأنه لازم لاستعمال الشىء .

و يكون استعمال حق المرور بدون تعويض فى حالة اكتسابه بالتقادم .

٥٧٨ — *محل واتجاه المسلك* — يجوز ترتيب حق المرور على كل أرض سواء أكانت مسورة أم غير مسورة ، مملوكة للأفراد أم من الأراضى الخاصة للدولة ، ولكن لا يجوز ترتيبه على الأراضى العامة للدولة اذا منع تخصيصها من ذلك .

وحق المرور يوجد بمقتضى القانون *de plano* ، وهو كما تقدم ارتفاق قانونى ، ولكن يجب تحديد محله واتجاهه وكيفية استعماله .

ومن رأى بعض الشراح والمحاكم فى فرنسا أن حق المرور المنصوص عليه فى القانون يجب استعماله فوق الأرض ، فلا يرتب تحت سطح الأرض ، وذلك لأن المادة ٦٨٢ تقول : « ... مسلكا على أراضى جيرانه ... un passage sur les fonds de ses voisins » . ولم يأت القانون المصرى بعبارة القانون الفرنسى ، فيجوز اذن انشاء المسلك فوق الأرض أو تحت سطحها . ومن رأى الشراح أنه يجوز أن يكون الطريق هوائيا voie aérienne .

٥٧٩ — ولكن اذا وجد بين العقار المحصور والطريق العام جملة أراض فعلى أيها يصح ترتيب حق المرور ؟ .

أجابت عن ذلك المادة ٦٨٣ فرنسى ، المعدلة بقانون ٢٠ أغسطس سنة ١٨٨١ ، بقولها : « يجب فى الأصل أن يقرر حق المرور من الجهة التى يكون فيها المسلك من الأرض المحصورة الى الطريق العام أقصر مسافة » .

على أنه يمكن مخالفة هذه القاعدة فى حالتين :

(١) اذا كان الطريق الأقصر أكثر ضررا لمالك الأرض التى يرتب عليها حق المرور . ولذا أضافت المادة ٦٨٣ على النص المتقدم : « ومع ذلك يجوز ترتيب حق المرور من الجهة التى تكون أقل ضررا لمالك العقار الذى يقرر عليه هذا الحق » .

والقاضى هو الذى يفصل فى هذه المسئلة عند النزاع ، معتبرا الضرر الأقل وظروف الأمكنة وموقعها .

(٢) الحالة المنصوص عليها فى المادة ٦٨٤ فرنسى ، المعدلة بقانون ٢٠ أغسطس سنة ١٨٨١ ، التى تقول « اذا كان عدم الاتصال بالطريق العام نشأ عن تجزئة أرض بسبب البيع أو المقايضة أو القسمة أو أى عقد آخر فلا يمكن الحصول على المسلك الا فى الأراضى التى كانت موضوع هذه العقود . غير أنه فى الحالة التى لا يمكن فيها ترتيب مسلك كاف على الأراضى المقسمة تطبق المادة ٦٨٢ » .

أمثلة ذلك :

(ا) البيع : كما اذا بيع جزء من عقار ، وأصبح هذا الجزء منفصلا عن الطريق العام بالجزء الآخر الذى بقى للبائع ، فانه يجب على هذا الأخير أن يقرر مسلكا على الجزء الذى بقى له لمصلحة الجزء الآخر . كذلك اذا كان الجزء الذى بقى للبائع هو الذى ليس له اتصال بالطريق العام ، فانه يكون له مسلك من الجزء المبيع .

(ب) المقايضة : كما اذا حصلت المقايضة عن جزء من الأرض فقط ، فانه يكون للجزء الذى ليس له اتصال بالطريق العام مسلك من الجزء الآخر .

(ج) القسمة : كما اذا قسم عقار بين جملة أشخاص ، فيكون للشخص الذى ليس لنصيبه اتصال بالطريق العام مسلك على الأجزاء الأخرى التى تقع فى نصيب شركائه .

والعلة فى الاستثناء من القاعدة فى هذه الأحوال هى أن الانفصال عن الطريق العام سببه عمل المتعاقدين فى البيع أو المقايضة أو القسمة أو أى عقد

آخر ، فلا يجوز أن يتحمل غيرهم نتيجة عملهم (قارن ١٤٢/٢٠٣/١١٦٥) .

وأيضا فانه يمكن القول بأنه عند حصول العقد يفترض وجود اتفاق صراحة أو دلالة على ترتيب ارتفاق للعقار الذى فصل عن الطريق ، أو كما قال بعض الشراح ان حق الارتفاق كان موجودا من الأصل على العقار المجاور للطريق لمصلحة العقار الآخر ، ولـكن لم يكن ظاهرا ومحسوسا بسبب عدم تعدد الملاك ، ومتى تعدد الملاك أمكن ظهور هذا الحق . على أنه اذا كان المسلك الذى يقرر على الأراضى التى تـكون موضوع هذه العقود غير كاف فانه يمكن الرجوع الى القاعدة العامة .

واذا كان الانفصال غير ارادى ، بأن حصل من غير الرضا ، كحالة نزع الملـكية ، فتتبع القواعد العامة .

٥٨٠ — ***هل يكتسب حق المرور بمضى المدة ؟*** — سبق أن بينا أن القانون نفسه هو الذى أنشأ حق المرور فى حالة عدم الاتصال بالطريق العام . فما دام العقار محصورا فانه يكون لمالـكه ، فى أى وقت ، الحق فى أن يطلب مسلـكا بالشروط المدونة فى القانون . وهذا الحق الذى للمالك فى المطالبة بالمسلك لا يسقط بمضى الزمن ما دام عدم الاتصال بالطريق العام موجودا . ولذلك لا محل لبحث امكان اكتساب هذا الحق بالتقادم فى هذه الحالة .

ولـكن حق المرور الذى يقرره القانون تجب المطالبة به ، ويجب أن يعين مكانه وكيفية استعماله . وقد قلنا انه يجب أن ينشأ من الجهة التى يكون فيها المسلك أقصر مسافة بين الأرض المحصورة والطريق العام ، أو الأقل ضررا بالنسبة لمالك الأرض التى يرتب عليها ، وأن يكون هذا الحق مقابل تعويض يدفع مقدما . فلنفرض الآن أنه ، من غير أن يوجد اتفاق أو تعيين من المحاكم ، وبدون أن يدفع تعويض ، أوجد شخص مسلكا على أرض جاره ، من غير أن يكون هذا المسلك أقصر الطرق ، أو من غير أن يكون الأقل ضررا بالنسبة لمالك الأرض المقرر عليها المسلك ، فهل يمكن أن يكتسب ذلك الشخص حق

المرور فى المسلك المذكور بمضى المدة ، أو يكون لمالك الأرض التى وجد فيها المسلك ، بعد مضى ١٥ سنة (٣٠ سنة فى القانون الفرنسى) ، أن يمنع مالك الأرض التى ليس لها اتصال بالطريق العام من المرور على أرضه ، أو أن يمنعه من المرور الا اذا دفع التعويض الذى تشترطه المادة ٤٣/٦٥/٦٨٢ ؟

تنص المادة ٦٨٥ فرنسى ، المعدلة بقانون ٢٠ أغسطس سنة ١٨٨١ ، على أن : « موضع حق المرور وكيفيته يعينان بالاستعمال المستمر مدة ثلاثين سنة » . ولا يوجد ما يمنع اتباع هذا الحكم فى القانون المصرى . غير أن مدة التقادم فيه ١٥ سنة .

فاذا اتبع المالك طريقا معينا ، أو مر فيه بخيله وعرباته ومواشيه ، فانه يكتسب حقا ، ولكن الحق الذى يكتسبه بالتقادم ليس حق المرور نفسه ، لأنه ينشأ بموجب القانون ، كما تقدم ، ما دام العقار محصورا ، وانما وضع اليد ، المدة القانونية ، يترتب عليه تعيين موضع المسلك وكيفية استعماله ، ويقوم مقام حكم المحكمة أو الاتفاق الودى . واذا تم التقادم ، فانه لا يجوز تغيير محل الارتفاق ، ولا كيفية استعماله الا بالاتفاق .

٥٨١ — وهل يكتسب حق المرور بمضى المدة فى غير الحالة التى تنص عليها المادة ٤٣/٦٥/٦٨٢ ؟ بأن كان لصاحب أرض مسلك يوصله للطريق العام ، ووضع يده رغم ذلك على طريق آخر ، ومضت المدة القانونية ، فهل يكتسب بمضى المدة حق المرور فى الطريق الذى وضع يده عليه ؟

لقد تقدم القول انه على حسب نصوص القانون الفرنسى حقوق الارتفاق المستمرة الظاهرة هى وحدها التى يجوز اكتسابها بمضى المدة [1] ، وان القانون المصرى لم يأت بنصوص القانون الفرنسى ، وقد اختلفت المحاكم المصرية ، فقضى بعضها ، اتباعا لما جاء بالمادة ٦٩٠ فرنسى ، بأن حقوق الارتفاق المستمرة الظاهرة هى وحدها التى تكتسب بالتقادم ، ورأى بعضها الآخر عدم ضرورة التمييز بين

---

(١) راجع نبذة ٤٦٢ .

حقوق الارتفاق المستمرة وغير المستمرة والظاهرة وغير الظاهرة ، وأن حقوق الارتفاق تكتسب بالتقادم اذا توافرت الشروط العامة التى يشترطها القانون لاكتساب الملكية والحقوق العينية بهذا الطريق . وهذا الرأى الثانى هو الذى أخذنا به (١) .

وقد صدرت أحكام كثيرة من المحاكم المصرية بشأن اكتساب حق المرور بالتقادم ، وطبق بعضها نص المادة ٦٩٠ فرنسى ، مقررا أن حق المرور لا يمكن اكتسابه بالتقادم ، لأنه ليس من حقوق الارتفاق المستمرة الظاهرة ، فهو فى حاجة الى فعل الانسان المستمر فى كل آن لتحقيق وجوده ، ومتى انتهى المرور انقطع وجود الحق .

وأشار كثير من الأحكام الى أن القانون المصرى لم يأت بنصوص المجموعة المدنية الفرنسية ، التى اشترطت أن يكون حق الارتفاق مستمرا ظاهرا لاكتسابه بالتقادم ، وأنه لذلك يجب الرجوع الى القواعد العامة ، وتطبيق المادة ١٠٢/٧٦ ، الخاصة باكتساب الملكية والحقوق العينية بمضى المدة . غير أن بعض هذه الأحكام رأى عدم جواز اكتساب حق المرور بالتقادم ، لأن من ضمن شروط المادة ١٠٢/٧٦ أن يكون وضع اليد علنا وأن يكون مستمرا ، وهذان الشرطان لا يمكن توافرهما فى وضع اليد لاكتساب حق المرور ، لأن المرور ليس بعمل مستمر فى ذاته ، أو فعل يمكن مع استعماله ترك آثار ظاهرة تدل عليه . و بعض آخر من الأحكام قرر أن الاستمرار فى استعمال الحق العينى مرتبط بطبيعة الحق و بالعادة المتبعة فى استعماله ، فمن الحقوق ما يؤدى استعماله الى ترك أثر ظاهر مستمر استمرارا تاما كحق الاطلال بفتح شباك ، ومنها ما يكون استعماله مستمرا استمرارا نسبيا ، كحق المرور ، لأن العادة قضت بأن صاحب حق المرور لا يستعمله الا كلما دعت اليه حاجته ومصلحته ، ولا نص قانونيا يمنع من اعتباره كذلك .

ونحن نرى أنه يجوز اكتساب حق المرور بالتقادم تطبيقا للقواعد العامة ،

---

(١) راجع نبذة ٤٦٥ .

فى الحالات التى تتوافر فيها الشروط التى توجبها المادة ٧٦ / ١٠٢ . ووضع اليد لاكتساب حق المرور قد يكون ظاهرا اذا وجد ما يظهره ، فقد يكون الطريق المراد اكتسابه بالتقادم مخططا ، أو معينا بوضع باب يدل عليه . وليس معنى الاستمرار وضع اليد بأفعال غير منقطعة ، فحق المرور يصح أن يكون محل وضع يد مستمر ما دام صاحب الحق فيه يستعمل حقه فى المرور كلما احتاج لذلك .

٥٨٢ — **هل يسقط حق المرور بعدم الاستعمال** ؟ — يجب التفريق بين الحق فى المطالبة بالمرور فى حالة عدم الاتصال ، وحق الارتفاق نفسه ، أى تقرير الارتفاق بالنسبة لموضعه وطريقة استعماله .

فالحق فى المطالبة بالمرور لا يسقط بمضى المدة كما تقدم ، لأن المالك ، ما دام عقاره ليس له اتصال بالطريق العام ، يكون له دائما الحق فى أن يحصل على مسلك من أرض الغير للوصول الى الطريق المذكور .

أما بالنسبة لحق الارتفاق فانه يجوز ، ككل حقوق الارتفاق ، أن يسقط بعدم الاستعمال ، ولكن اذا كان عدم الاتصال بالطريق العام لا يزال باقيا فانه يكون للمالك الحق فى أن يطلب ممرا جديدا ، ويدفع تعويضا الى الشخص الذى يتحمله ، أو أن يستعمل مسلكا مدة خمس عشرة سنة (٣٠ سنة فى القانون الفرنسى) ، ويكتسبه بمضى المدة .

٥٨٣ — **زوال انحصار العقار** — هل يصح لصاحب العقار المقرر عليه حق المرور ، اذا زالت الحالة التى دعت الى تقرير هذا الحق ، أن يطلب اعفاءه منه ؟ كما اذا أنشىء طريق جديد يمر على العقار المرتفق ، أو اذا اشترى مالك العقار المرتفق عقارا آخر يصل عقاره الأول بالطريق العام ؟

يجب التفريق بين الحالات الآتية :

(ا) اذا زال انحصار العقار قبل المطالبة بالمسلك : فان المادة ٤٣/٦٥/٦٨٢ تصبح غير منطبقة .

(ب) اذا كان الانحصار بسبب تجزئة العقار ، بمقتضى بيع أو مقايضة

أو قسمة أو أى عقد آخر ، أى بمقتضى العقد أو العمل الذى أوجد عدم الاتصال بالطريق العام بتجزئة العقار : فان مالك العقار المنفصل عن الطريق يكون قد اكتسب حقا لا ينبغى ازالته .

(ج) اذا حصل مالك العقار المحصور على مسلك ، بناء على المادة ٤٣/٦٥/٦٨٢ ، ثم بعد ذلك زال الانحصار : قال معظم الشراح بأن حق الارتفاق يزول ، لأن السبب قد زال ، والعلة تدور مع المعلول وجودا وعدما ، وحق الارتفاق لم يقرر الا للضرورة ، وقد زالت ، ومن المصلحة الزراعيـة والاقتصادية عدم بقاء هذا الحق ، ما دام أنه قد أصبح لامسوغ له Cessante causâ cessat effectus (la cause disparaissant, l'effet cesse) . و ينبنى على هذا الرأى أنه ما دام الارتفاق قد زال بزوال الانحصار ، فان المالك الذى يكون قد دفع تعويضا ، مقابل حصوله على المسلك ، يكون له الحق فى أن يطلب رد جزء منه ، فيستنزل من التعويض الذى دفع ما يقـابل الضرر الذى نال صاحب العقار المرتفق به من الاستعمال الفعلى للمسلك ، و يرد الباقى الى من دفعه .

ومن رأى بعض الشراح والمحاكم عدم زوال المسلك ، لأنه وان كان القانون هو الذى ينشىء هذا الحق فانه فى الحقيقة لا يخلقه ، بل يخول الحق فى الارتفاق ، أى يجيز المطالبة بتقريره بالشروط التى وضعها . ومتى تحققت هـذه الشروط فان مالك العقار المحصور يكون حرا فى أن يستعمل الرخصة التى منحها ، أو ألا يستعملها ، ولا يكون له حق الارتفاق الا من اليوم الذى يتعين له فيه موضع المسلك وكيفية استعماله ، اما بالاتفاق أو بحكم المحكمة أو بمضى المدة . وعند ما يوجد حق بالمرور بالفعل فانه يصبح كالارتفاق المرتب بفعل الانسان ، أى يكون دائما ، ولا ينقضى الا بأسباب الانقضاء القانونية .

و بعد زوال الانحصار لا تجوز المطالبة بزيادة عبء الارتفاق بسبب التغيير الحاصل فى الاستغلال ، ما دام أن الانحصار الذى يخول حق الحصول على مسلك كاف قد زال .

حقوق الارتفاق الاتفاقية

٥٨٤ — شرحنا فيما سبق ماهية حقوق الارتفاق الاتفاقية ، و بحثنا كيفية ترتيبها ، وأشرنا الى بعضها عند التكلم فى حقوق الارتفاق القانونية المقررة للمنفعة الخاصة ، وعلى الخصوص حقوق الارتفاق المتعلقة بمجارى المياه ، و بالمطلات . وسنتكلم الآن فى الحقوق الآتية : حق الرؤية . ارتفاق عدم البناء أو عدم التعلية . حق المرور . حق اغتراف المياه . حق الشفة . حق المرعى .

حق الرؤية (١)

Servitude de prospect

٥٨٥ — يترتب على حق ارتفاق الرؤية منع مالك العقار الخاضع لهـذا الارتفاق من اقامة بناء أو احـداث غراس ينقص من مدى التمتع بالنظر اضرارا بالعقار المرتفق . و يحدد نطاق الارتفاق وفقا لشروط الاتفاق وظروف الأحوال ، وعلى الخصوص بحسب حالة الأمكنة وقت ترتيب هذا النوع من الارتفاق .

ارتفاق عدم البناء أو عدم التعلية

Servitude non ædificandi ou non altius tollendi

٥٨٦ — الغرض من هـذا الارتفاق الحصول للعقار المرتفق على مقـدار كبير من الهواء أو الضوء أو على منظر جميل .

ومن رأى بعض الشراح أنه فى حالة سكوت السند يكون كل العقار الخادم خاضعا لهذا الارتفاق . وعلى ذلك ليس لمالك العقار المحمل بارتفاق عدم البناء أن يقيم بناء على أى جزء من عقاره مهما كان بعيدا عن العقار المرتفق . ومن رأى البعض الآخر أنه لا يمكن وضع قاعدة عامة ، بل يجب الرجوع الى السند والى قصد العاقدين . وللمحاكم سلطة التقدير فيما يختص بالتفسير .

ولا يتضمن ارتفاق عدم البناء أو عدم التعلية الارتفاق بالرؤية servitude

---

(١) راجع نبذة ٥٤٩ .

de prospect . فالمالك الذى يلتزم بعدم اقامة جدار يزيد على ارتفاع معين له أن يغرس خلف هذا الجدار أشجارا تمنع النظر . ولـكن الحكم يختلف اذا ظهر من السند المقرر لحق الارتفاق أنه تقرر بقصد الحصول للعقار المرتفق على حق الرؤية ، وفى هذه الحالة يكون على مالك العقار الخادم ألا يحدث غراسا مضرا بحق الرؤية .

ويجب أن يرتب ارتفاق عدم البناء أو عدم التعلية بطريقة واضحة ، ولا يمكن أن يقرر استنتاجا .

وارتفاق عدم البناء أو عدم التعلية غير ظاهر ، فلا يجوز ترتيبه بتخصيص رب الأسرة .

٥٨٧ — ويشبه ارتفاق عدم البناء الارتفاق الذى يتضمن ألا يقام على الأرض الا أبنية من نوع خاص .

وقد حكم بأن الشرط المدون فى عقد البيع الذى بمقتضاه « الأبنية التى تقام على الأراضى التى لا تزال فى حيازة البائعين يجب أن تنشأ للسكن وترتب لتكون كذلك » لا يعتبر مجرد التزام مفروض على البـائعين فحسب ، بل يعتبر حق ارتفاق حقيقى لمصلحة العقار المبيع وتتحمل به العقارات التى احتفظ بها البائعون مهما كان مالكها [١] .

حق المرور [٢]

La servitude de Passage (iter, actus, via)

٥٨٨ — يمـكن المالك أن يحصل على حق بالمرور :

من حقل جاره ، أو من ساحة داره ، أو من حديقته ، أو من منزله .

راجلا ، أو راكبا دابة ، أو عربة ، أو سيارة .

---

(١) ليون ١٠ ديسمبر ١٨٦٨ دالوز ٦٩ — ٢ — ٧١ . راجع ما سيجىء نبذة ٥٩٢ وما بعدها .

(٢) راجع نبذة ٥٧٠ وما بعدها .

فى كل وقت ، أو فى أوقات معينة من السنة لاخراج محصول الأرض مثلا .
وفى كل ساعة من النهار أو الليل ، أو أثناء النهار فقط ، أو فى ساعات فقط من النهار أو الليل .
لقيادة الماشية الى مرعى معين ، أو لمرور الأشخاص فقط .
ويكون السند الذى ينشىء حق الارتفاق قانون المتعاقدين بهذا الخصوص .
ويمكن القول بصفة عامة ان حق المرور المنشأ بعبارات غير محدودة ومن غير تقييد ينتظم كل أنواع الاستعمال التى يستخدم لها العقار المرتفق بحسب طبيعته وتخصيصه . ولكن حق المرور المرتب لغرض معين محدود ، أو المقيد بطريقة استعمال معينة ، لا يتناول غرضا آخر أو طريقة استعمال مختلفة . أما من حيث اتساع الطريق فيجب مراعاة الاتساع المعين فى السند . واذا لم يكن معينا فيه فيجب أن يقضى بأن العاقدين قصدا الرجوع الى المقدار المتعارف عليه فى البلد بحسب نوع الممر الذى أنشآه . وعند الشك يعين الممر بمراعاة الغرض من الارتفاق وموقع العقارات .

حق اغتراف المياه

Servitude de puisage (aquæ haustus)

٥٨٩ — حق اغتراف المياه هو الحق فى أخذ الماء من البئر أو المسقاة أو العين المملوكة للغير ، لحاجات المنزل أو الحديقة أو الأرض أو لاستغلال صناعى .
والقاعدة أنه ليس لأحد أن يغترف من بئر غيره من غير رضاء المالك الا فى حالة الحريق .
ويحدد نطاق حق الاغتراف السند الذى يقرره . واذا لم ينص السند على المقدار الذى يمكن اغترافه من البئر أو العين فان هذا المقدار يجب تحديده على حسب حاجات العقار المرتفق .

حق الشفة

Servitude d'abreuvage (pecoris ad aquam adpulsus)

٥٩٠ — حق الشفة هو الحق فى توصيل حيوانات عقار الى عين أو

غدير أو مستنقع مملوك لآخر لتشرب منها .

وإذا لم ينص السند على عدد الحيوانات التي يمكن أن يسقيها من العين أو الغدير ، فلقاضي الموضوع أن يستخلص ذلك من قصد العاقدين وظروف الأحوال .

ومن رأى بعض الشراح أنه لا يعتبر ارتفاقا حق الشفة المشترط من أجل حيوانات معدة للاتجار بها ، لأن هذه الحيوانات لا توضع فى العقار لاستغلاله . ولكن اذا كان استغلال العقار هو بتربية الحيوانات ، وبالتالى اطعامها ، فان حق الشفة يعتبر ارتفاقا عقاريا ، ولو أن هذه الحيوانات ستباع ويستبدل بها غيرها تباعا .

حق المرعى

Servitude de pacage et de paturage (pecoris pascendi)

٥٩١ — حق المرعى هو الحق فى اقتياد الحيوانات الموضوعة فى العقار المرتفق لاستغلاله الى العقار المرتفق به لترعى فيه .

واذا لم يذكر فى السند الذى يقرر هذا الحق عدد المواشى التى يمكن ارسالها للمرعى فمن رأى بعض الشراح أنه يجب مراعاة احتياجات العقار المرتفق وقت ترتيب الارتفاق . ومن رأى البعض الآخر أن عدد الماشية يحدد على حسب حاجة العقار المرتفق ، وأنه لا يعتبر زيادة فى عبء الارتفاق زيادة عدد المواشى بنسبة زيادة حاجة العقار المرتفق بعد وقت انشائه .

وحق المرعى ارتفاق غير مستمر ، فلا يجوز اكتسابه فى القانون الفرنسى الا بسند . فلا يكتسب بوضع اليد المدة الطويلة .

قيود البناء الاتفاقية

٥٩٢ — اذا عرض مالك أرضا للبيع مجزأة الى عدة قطع ، واشترط على مشترى هذه القطع قيودا من حيث ارتفاع البناء ومساحته ، والامتناع عن بعض المنشآت ، كالمخازن والأسواق والمقاهى ، فهل تعتبر هذه القيود حقوق ارتفاق اتفاقية ؟

عرضت هذه المسألة على المحاكم بمناسبة الاشتراطات التى كانت تشترطها الحكومة على مشترى أراضيها بجهات الزمالك والجيزة ومنشية البكرى ، وكذلك الاشتراطات التى كانت تقيد بها شركة أراضى الجزيرة بيع أراضيها .

وقد اختلفت المحاكم بخصوص طبيعة هذه الاشتراطات ، فقرر بعضها أنها حقوق ارتفاق عينية . وقرر بعض آخر أنها التزامات شخصية (١) . وقد تقدم بيان أهم الفروق بين هذين النوعين من الحقوق (٢) .

٥٩٣ — ونحن نرى أن الحكم يختلف باختلاف ظروف كل دعوى ، ونصوص العقود التي تحرر بين ناقلى الملكية ومن تنتقل اليهم . وقد قلنا فيما سبق انه يجب على القاضى أن يبحث فى كل حالة عن قصد العاقدين ، ويحكم بحسب ظروف كل قضية ، وطبيعة الحق الممنوح ، والغرض من الاتفاق ، بما اذا كان هناك حق ارتفاق عينى أو حق دائنية .

وفى القضايا التى فصل فيها القضاء ، وتباينت فيها أحكام المحاكم الأهلية والمختلطة ، لا ريب عندنا فى أن الشروط المدونة بعقود المشترين من الحكومة أو من شركة أراضى الجزيرة تقرر تكاليف عينية ، لأن هذه هى ارادة المتعاقدين بحسب ما يفهم من شروط التعاقد ، ولأنها هى وحدها التى تحقق تصقيع الحى على النحو المطلوب ، اذ أنه عند وقوع مخالفة لها يكون الجزاء حتما هو الازالة ، وبذلك تبقى للحى حالته ، وهو ما لا يترتب على مخالفتها اذا اعتبرت منشئة لالتزامات شخصية بالامتناع عن عمل ، اذ تنص المادة ١١٧ فقرة ٢/١٧٤ على أنه « يجوز للدائن أن يحصل على الاذن من المحكمة بعمل ما تعهد به المدين أو بازالة ما فعله مخالفا لتعهده ، مع الزامه بالمصاريف ، وهذا وذاك مع مراعاة الامكان بحسب الأحوال » . فالازالة لا تكون الا حيث يأذن بها القاضى ، وهو فى الغالب لا يأذن بها اذا ترتب عليها ضرر كبير بالمخالف ، بل يكتفى بالتعويض المالى .

---

(١) راجع كتابنا « الملكية والحقوق العينية » ٢ نبذة ٧٦٩ وما بعدها .

(٢) نبذة ٤٣٢ .

ولا يعترض بعدم ورود لفظ الارتفاق صراحة فى العقود مع تداوله ، ولكن ذكر لفظ الارتفاق غير ضرورى ، ما دام أن نصوص العقد تتضمن فكرة الارتفاق ، وهى انشاء حى جميل صحى بالشروط التى حمات مشترى الأراضى على تملكها ، وهم ما كانوا يقدمون على الشراء لو علموا أن الغرض الذى من أجله وضعت هذه الشروط سيخالف .

٥٩٤ — ومما يجب لفت النظر اليه هو أنه ينبغى عدم المغالاة فى تفسير الشرط الخاص بحق الارتفاق من كونه يقرر منفعة لمصلحة عقار ، لا لمصلحة شخص . فان هذه القاعدة لا تمنع من أن تعتبر كحقوق ارتفاق عينية التكاليف المرتبة فعلا لمصلحة عقار ، وان كان ملاك هذا العقار يحصلون منه على منفعة (١) . وقد قضت المحاكم الفرنسية بأنه يعتبر منشئا لحق ارتفاق الشرط الوارد فى عقد بيع أرض الذى يقرر التزاما على البائع بألا يبيع أو يؤجر كل الأراضى والأبنية أو بعضها لأجل معامل أو محال صناعية أو الى أشخاص يقومون بتجارة معينة ، بمعنى أن المنازل المذكورة لا يمكن أن تستعمل الا للسكنى (٢) .

(١) أوبرى ورو ١ نبذة ٢٤٧ ص ١١١ .

(٢) باريس ٢٧ مارس ١٩٢٤ دالوز الأسبوعى ١٩٢٤ ص ٣٩٨ . پلانيول وريبير وپيكار ٩٤٥ — عكس ذلك : بروكسل بلجيكا أول مارس ١٩٠٩ سيرى ١٩٠٩ — ٤ — ١٥ — راجع نقض ٣٠ ابريل ١٩٠٨ دالوز ١٩٠٨ — ١ — ٤١٩ .

الباب الخامس

فى أسباب الملكية والحقوق العينية

Des modes d'acquérir la propriété et les droits réels

٥٩٥ — اقسامها — تكتسب الملكية والحقوق العينية بطرق مختلفة :

(١) فبعضها تكتسب به الحقوق المذكورة ابتداء acquisition originaire، أى يكتسب بها المالك حقوقا جديدة ، من غير أن تنتقل من شخص الى آخر ، كالاستيلاء على الأموال التى لا مالك لها ، و بعضها انتقالى acquisition dérivée، أى أن الحق ينتقل بواسطتها من مالك الى آخر ، كالبيع والمقايضة والهبة والوصية .

(٢) وقد يكون انتقال الحقوق بين الأحياء entre vifs (inter vivos) ، كما هو الحال فى الاتفاقات ، أو يحصل بسبب الموت à cause de mort, ou par décès (mortis causa) ، كما هو الحال فى الوصية والميراث .

(٣) وقد يكون انتقال الحقوق اما بصفة عامة à titre universel ، بنقل مجموع الذمة المالية أو نسبة معينة منها ، كالنصف أو الربع ، كما يحصل فى حالتى الميراث والوصية ، واما بصفة خاصة à titre particulier ، بنقل حق أو شىء معين أو حقوق أو أشياء معينة ، كما يحصل فى الاتفاقات ، وفى الوصية بشىء معين . والانتقال بصفة عامة لا يكون الا بسبب الوفاة . أما بين الأحياء فالانتقال يكون بصفة خاصة .

(٤) وقد يكون انتقال الحقوق اراديا volontaire ، أى برضاء صاحبها بنقلها الى غيره ، كما فى الاتفاقات . وقد يكون بغير الرضا non volontaire ، كما فى الشفعة ، والامتلاك بمضى المدة .

(٥) وقد يكون انتقالها بمقابل à titre onéreux ، كما فى البيع والمقايضة ، أو بغير مقابل à titre gratuit ، كما فى الهبة .

٥٩٦ — بياں أسباب الاكتساب — نص القانون فى المادة ٧١١/٦٦/٤٤ و ٧١٢ على طرق اكتساب الملكية والحقوق العينية ، فقال :

« تكتسب الملكية والحقوق العينية بالأسباب الآتية ، وهى :	« La propriété et les droits réels s'acquièrent :
العقود .	Par l'effet des conventions;
الهبة .	Par les donations;
الميراث والوصية .	Par les successions et testaments;
وضع اليد .	Par appropriation, c'est-à-dire par occupation;
اضافة الملحقات للملك .	Par accession;
الشفعة .	Par la préemption;
مضى المدة الطويلة » .	par la prescription ».

وقد أضافت المادة ٦٦ مختلط على الأسباب المتقدمة « انتقال العين بالتسليم من يد لأخرى (la tradition) » ، ووضعت هذا السبب بين « العقود » و « الهبة » .

وسنتكلم فى هذه الأسباب فيما يلى . وسنطلق على وضع اليد لفظ « الاستيلاء » ، وعلى اضافة الملحقات للملك لفظ « الالتصاق » .

الفصل الأول

فى العقود أو الاتفاقات

٥٩٧ — فى القانون الفرنسى — فى معظم القوانين الحديثة — كالقانون الفرنسى — تنتقل الملكية وغيرها من الحقوق العينية بالاتفاقات المتضمنة للتمليك ، كالبيع والمقايضة ، ويكون ذلك بمجرد حصول الاتفاق ، ولا يشترط التسليم أو أى اجراء آخر . هذا بالنسبة للعاقدين ، وسواء أكان موضوع الاتفاق عقارا أم منقولا . أما بالنسبة للغير ، فان كان المال عقارا فلا تثبت الملكية

والحقوق العينية الا اذا حصل تسجيل الاتفاق . وان كان المال منقولا فتنقل الملكية والحقوق العينية بالايجاب والقبول متى كان المنقول ملكا للمملك ، ولكن اذا تسلمه أحد بحسن نية بناء على سبب صحيح ، ولو لم يكن ملكا لمن سلمه ، فان المتسلم يكون مالكا له ، ويستثنى من ذلك حالتا السرقة والضياع ، فان المالك الحقيقى يكون له حق استرداد المنقول فيهما .

٥٩٨ — **القانون المصرى قبل قانون التسجيل الجديد** — قرر القانون المصرى القواعد المتقدمة فى المواد ٤٥/٦٧/١١٣٨ وما بعدها ، فقد جاء فى المادة ٤٥/٦٧/١١٣٨ : « تنتقل الملكية فى الأموال منقولة كانت أو ثابتة بمجرد حصول العقد المتضمن التمليك متى كان المال ملكا للمملك » .

وهذا الحكم هو بالنسبة للعاقدين فى الأموال الثابتة ، وبالنسبة للعاقدين وللغير فى الأموال المنقولة .

وقد طبق هذا الحكم فى مواد كثيرة من القانون : راجع المواد ٢٦٦/٣٣٦/١٥٨٣ ، ٢٦٧/٣٣٧/١٥٨٣ ، ٤٨/٧٠/٩٣١ .

وأشار القانون الى هذا الحكم أيضا فى باب « اثبات الحقوق العينية » فى المادة ٦٠٦/٧٠٣ .

أما بالنسبة للغير فى الأموال الثابتة فقد جاء فى المادة ٤٧/٦٩ : « أما الأموال الثابتة فالملكية والحقوق العينية فيها لا تثبت بالنسبة لغير المتعاقدين الا اذا صار تسجيلها على الوجه المبين فى القانون » . وطبقت هذه القاعدة فى مواضع متعددة : راجع المواد ٢٧٠/٣٤١ (فى البيع) ، ٥٢/٧٥ (فى الهبة) ، ٥٥٠/٦٧٤ ، ٥٥١/٦٧٥ (فى رهن الحيازة) .

وذكر الشارع هذه القاعدة أيضا فى باب « اثبات الحقوق العينية » فى المادة ٦١١/٧٣٧ ، والمادة ٦١٥/٧٤٢ .

وجاء فى المادة ٤٦/٦٨/١١٤١ بخصوص المنقول : « ومع ذلك تنتقل ملكية الأموال المنقولة باستلامها بناء على سبب صحيح ، ولو لم تكن ملكا لمن

سلمها ، انما يشترط فى ذلك أن يكون المستلم معتقدا صحة الملك فيها للمسلم . ولا يضر هذا بحق المالك الحقيقى فى طلب استردادها فى حالة الضياع أو السرقة » .

وجاء أيضا فى باب اثبات الحقوق العينية » فى المادة ٦٠٧/٧٣٣/٢٢٧٩ : « وتثبت الملكية فى المنقولات فى حق كل انسان بحيازتها المترتبة على سبب صحيح مع اعتقاد الحائز لها صحة حيازته » .

وفى المادة ٦٠٨/٧٣٤/٢٢٧٩ : « مجرد وضع اليد على المنقولات يستفاد منه وجود السبب الصحيح وحسن الاعتقاد ، الا اذا ثبت ما يخالف ذلك ، هذا مع مراعاة ما تقدم فى حالتى السرقة والضياع » .

٥٩٩ — *قانون التسجيل الجديد* — طرأ على القواعد المتقدمة بعض التغيير ، اذ صدر فى سنة ١٩٢٣ القانون رقم ١٨ بالنسبة للقضاء الأهلى ، والقانون رقم ١٩ بالنسبة للقضاء المختلط ، المعروفين بقانون التسجيل ، فنصا على الغاء عدة مواد من المجموعة المدنية [1] ، وعلى أن الملكية وغيرها من الحقوق العينية فى العقارات لا تنتقل الا بالتسجيل ، سواء أكان ذلك بالنسبة للعاقدين نفسهما ، أم بالنسبة لغيرهما ، بالتفصيل الذى سنذكره فيما يلى . أما فيما يختص بالمنقول فلم يطرأ على أحكام القانون المدنى تغيير .

٦٠٠ — *التفريق بين العقود المنشئة والمقررة للحقوق* — فرق قانون

(١) راجع المادة ١٦ من القانون رقم ١٨ لسنة ١٩٢٣ : تلغى المواد ٤٧ ، ٥٢ ، ٥٥٠ ، ٦٠٦ ، ٦٠٩ ، ٦١١ ، ٦١٢ ، ٦١٣ ، ٦١٥ ، ٦١٦ ، ٦١٧ ، ٦١٨ ، ٦١٩ ، من القانون المدنى للمحاكم الأهلية ، وكذلك يلغى كل نص يخالف هذا القانون أو يخالف القرار الذى سيصدر طبقا للمادة السابقة ، وذلك مع مراعاة المادة ١٢ فقرة ثانية و ١٤ من هذا القانون » .

والمادة ١٦ من القانون رقم ١٩ لسنة ١٩٢٣ : تلغى المواد ٦٩ ، ٧٥ ، ٦٧٤ ، ٧٣٢ ، ٧٣٥ ، ٧٣٧ ، ٧٣٨ ، ٧٣٩ ، ٧٤٠ ، ٧٤٢ ، ٧٤٣ ، ٧٤٤ ، ٧٤٥ ، ٧٤٦ من القانون المدنى للمحاكم المختلطة ، وكذلك يلغى كل نص يخالف هذا القانون ، أو يخالف القرار الذى سيصدر طبقا للمادة السابقة ، وذلك مع مراعاة نصوص المادتين ١٢ فقرة ثانية و ١٤ من هذا القانون » .

التسجيل الجديد بين : (١) العقود المنشئة للحقوق ، و (٢) العقود المقررة للحقوق ، نظرا لما ينشأ عن عدم تسجيل العقود فى الحالتين من النتائج المختلفة .

٦٠١ — (١) **العقود المنشئة للحقوق** — نصت المادة الأولى من القانون الجديد على أن : « جميع العقود الصادرة بين الأحيـاء بعوض أو بغير عوض ، والتى من شأنها انشاء حق ملـكية أو حق عينى عقارى آخر ، أو نقله ، أو تغييره ، أو زواله ، وكذلك الأحكام النهائية التى يترتب عليها شىء من ذلك ، يجب اشهارها ، بواسطة تسجيلها ، فى قلم الرهون الكائن فى دائرته العقار ، وذلك مع مراعاة النصوص المعمول بها الآن فى مواد الامتياز والرهن العقارى (التأمينى) والاختصاصات العقارية .

« ويترتب على عدم التسجيل أن الحقوق المشار اليها لا تنشأ ولا تنقل ولا تتغير ولا تزول ، لا بين المتعاقدين ولا بالنسبة لغيرهم .

« ولا يكون للعقود غير المسجلة من الأثر سوى الالتزامات الشخصية بين المتعاقدين .

« وتعتبر أحكام هذه المادة مقيدة للنصوص الخاصة بانتقال الملـكية والحقوق العينية العقارية الأخرى بمجرد الايجاب والقبول بين المتعاقدين » .

فبمقتضى هذه المادة يجب تسجيل كل العقود التى من شأنها انشاء حق ملـكية أو حق عينى عقارى آخر أو نقله أو تغييره أو زواله ، سواء أكانت بعوض أم بغير عوض . ولا يهم كونها محررة بعقد رسمى ، أو بعقد عرفى ، أو كونها حاصلة بين وطنيين فقط ، أو بين أجانب فقط ، أو بين وطنيين وأجانب ، أو كونها فى شكل عقد ، أو فى شكل تنازل .

فيجب تسجيل العقود الآتية اذا كان موضوعها حقوقا عينية عقارية : عقود البيع . المقايضة . الوفاء بتقديم عين dation en paiement ، اذا كان الموفى به عقارا . هبات العقار . عقود الشركة المشتملة على حصص عقارية قام بتقديمها أحد الشركاء apports de société ، (لا تحويل السهوم أو الحصص فى الأرباح

cession d'intérêts ، لأنها منقولة ، ولو كان رأس المال يشمل عقارات) . العقد المنشىء لحق ارتفاق ، أو حق انتفاع عقارى ، أو حق استعمال عقارى ، أو حق سكنى . عقود رهن الحيازة العقارى .

والعقد الخاضع للتسجيل يجب تسجيله ، ولو كان مقترنا بشرط واقف أو بشرط فاسخ .

٦٠٢ — **العقود المنشئة المعفاة من التسجيل** — لا يشترط التسجيل الا فى العقود الصادرة بين الأحياء . أما نقل الحقوق بوصية ، أو بالارث ، فليس خاضعا للتسجيل .

ومما تجب الاشارة اليه أيضا أن المادة ٥ من قانون نزع الملكية للمنفعة العامة نصت على أن : « نشر الأمر العالى (الخاص بنزع الملكية) فى الجريدتين الرسميتين تترتب عليه فى صالح طالب نزع الملكية نفس النتائج التى تترتب على تسجيل عقد انتقال الملكية» . فالاعلان المذكور هو بمثابة تسجيل ، ويغنى عنه . وقد كان هذا هو الرأى قبل قانون التسجيل ، ولا يوجد ما يدل على أن هذا الحكم قد تأثر بقانون التسجيل الجديد ، فاجراءات نزع الملكية التى يترتب عليها الحاق العقار بالأموال العامة فيها الشهر الكافى .

ولكن فى عدم النص على تسجيل السندات المتقدمة نقص كبير فى نظام شهر التصرفات العقارية ، وخصوصا بالنسبة للوصية ، لأن الذى يشترى عقار أحد الورثة يكون معرضا لأن ينتزعه منه موصى له ، مع أنه لم يكن فى وسعه أن يعلم بوجود الوصية لاعفائها من وجوب التسجيل .

٦٠٣ — **ما يترتب على عدم تسجيل العقود المنشئة** — يترتب على عدم التسجيل ، كما تقرر المادة الأولى من قانون التسجيل المتقدم ذكرها ، أن الملكية والحقوق العينية لا تنشأ ولا تنقل ولا تتغير ولا تزول ، لا بين المتعاقدين ، ولا بالنسبة لغيرهم ، ولا يكون للعقود غير المسجلة من الأثر سوى الالتزامات الشخصية بين المتعاقدين .

وقد جرى البحث فيما اذا كان الشارع أراد أن يجعل التسجيل ركنا من أركان العقود الناقلة للملكية والحقوق العينية ، كعقد البيع ، فلا تنعقد الا بتوافره [١] .

فرأى كثير من المحاكم أن الشارع لم يرد ذلك ، وأن عقد البيع ما زال كما كان من عقود التراضي موجبا للتعهدات التي كان ينتجها من قبل ، ما عدا نقل الملكية ، وهو أثر من آثار البيع ، فانه أصبح خاضعا لاجراءات شكلية اشترطها القانون الجديد ، فاذا لم تعمل هذه الاجراءات ، أي اذا لم يسجل العقد ، فان الملكية أو الحقوق العينية فقط هي التي لا تنتقل .

وقرر بعض الأحكام العكس ، أي أن الشارع أراد أن يكون التسجيل ركنا أساسيا من أركان العقود الناقلة للملكية أو الحقوق العينية ، فعقد البيع مثلا لا يتم بمجرد الايجاب والقبول ، بل لا بد لانعقاده من حصول التسجيل ، واذا لم يحصل التسجيل فيكون العقد بمثابة وعد بنقل الملكية أو الحقوق العينية ، أو كما تقول المادة الأولى من قانون التسجيل لا يكون للعقد غير المسجل من الأثر سوى الالتزامات الشخصية بين المتعاقدين ، ومن بين هذه الالتزامات التزام المتعهد بعمل الاجراءات القانونية اللازمة لاتمام العقد .

وقد طرح الموضوع أمام دوائر محكمة الاستئناف الأهلية مجتمعة ، فقضت بالرأي الأول [٢] . واستقرت الأحكام على هذا الرأي ، وأيدته محكمة النقض [٣] .

٦٠٤ — **دعوى اثبات التعاقد** — اذا امتنع البائع عن الذهاب للمحكمة

---

(١) راجع كتابنا « الملكية والحقوق العينية » ٢ نبذة ٧٨٤ .

(٢) استئناف مصر (دوائر مجتمعة) ٣ ديسمبر ١٩٢٧ المجموعة ٢٩ رقم ٢١ ص ٤٦ المحاماة ٨ رقم ٢٢٨ ص ٢٩٩ .

(٣) نقض مدني ١٧ نوفمبر ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ١٩٦ ص ٣٩٣ ملحق مجلة القانون والاقتصاد ٣ الدائرة المدنية رقم ٦٨ ص ٥٠ .

وراجع مقالنا « اشهار التصرفات العقارية » في مجلة القانون والاقتصاد ٣ ص ٦٢٥ — ٦٤٢ : في معنى الالتزامات الشخصية .

للتوقيع على عقـد البيع جاز للمشترى طلب الحـكم فى مواجهته باثبات التعاقد ، ويقوم هذا الحـكم مقام البيع ، فيسجل بحسب نظام التسجيل الجديد[1] .

٦٠٥ — (٢) **العقود المقررة للحقوق** — تنص الفقرة الأولى من المادة ٢ من قانون التسجيل على أنه : « يجب أيضا تسجيل ما يأتى :

(أولا) العقود والأحكام النهائية المقررة لحقوق الملكية أو الحقوق العينية الأخرى المشار اليها فى المادة السابقة ، بما فيها القسمة العقارية . . » .

وقد تـكلمنا فيما سبق فى تسجيل القسمة[2] .

٦٠٦ — **ما يترتب على عدم تسجيل العقود المقررة** — هناك ، كما تقول المذكرة الايضاحية لقانون التسجيل ، عقود وأحكام لا يمكن اعتبارها كأنها لم تـكن لعدم تسجيلها . فالأحكام المقررة لحقوق الطرفين والعقود التى من هذا القبيل يجوز اشتراط تسجيلها حتى يعلم بها الغير ، ولا تـكون حجة على هذا الغير اذا لم تسجل ، الا أنه لا يمكن تجريد هذه العقود والأحكام من قيمتها الجوهرية ، وهى الاقرار الصريح بحق سابق الوجود[3] ، فهى نافذة بالنسبة للمتعاقدين ، وانما يشترط التسجيل بالنسبة للغير . ويؤخذ من ذلك أنه لم يحدث أى تغيير فيما يتعلق بالعقود المقررة للحقوق .

---

(١) نقض ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٣٢ ملحق مجلة القانون والاقتصاد ٣ رقم ٨٠ ص ٦٥ .

وما دام المشترى — المدعى فى دعوى المصادقة على العقد — انما يرمى الى تثبيت حقه على العقار ، ويخشى أن يتصرف البائع الى آخر فيسجل قبل حصوله على حكم تسجيله ، فان المشترى يعتبر فى موقفه القانونى الصحيح فيما اذا سجل عريضة الدعوى بشـأن العقار المتنازع عليه حتى يكون تسجيلها منارا لـكل من يريد أن يتعامل تعاملا علنيا مع نفس البائع — راجع استئناف مصر ٢٥ ابريل ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ١٣٢ ص ٢٩٢ ، نقض ٥ ينـاير ١٩٣٣ ملحق مجلة القانون والاقتصاد ٣ رقم ٨٦ ص ٦٩ .

ومقالنا « اشهار التصرفات العقارية » فى مجلة القانون والاقتصاد ٣ ص ٦٣٢ وما بعدها .

(٢) راجع نبذة ٢٧٨ .

(٣) المذكرة الايضاحية ٥ .

٦٠٧ — **التصديق على التوقيعات والأختام** — لم تكن نصوص القانون المدنى تشترط التصديق على توقيعات المتعاقدين أو أختامهم ، بل كان يجوز تقديم عقد عرفى للتسجيل ، بدون احتياج الى التصديق المذكور . وقد نشأ عن ذلك أن قد تم تسجيل عدد من العقود المزورة . ولتلافى هذا العيب قضت المادة السادسة من قانون التسجيل بضرورة التصديق على التوقيع أو الختم ، أسوة بالقوانين الفرنسية والايطالية .

وهذا هو نص المادة السادسة : « يجب التصديق على امضاءات وأختام الطرفين الموقع بهما على المحررات العرفية المقدمة للتسجيل ، ويكون التصديق بمعرفة أحد الموظفين أو المأمورين العموميين الذين يعينون بالقرارات المنصوص عنها فى المادة السابعة عشرة » .

ولم تحتم المادة السادسة من قانون التسجيل حصول التصديق على توقيعات البائعين والمشترين فى وقت واحد ، اذ الغرض من التصديق منع نقل الملكية بناء على عقود مزورة ، وهذا الغرض محقق سواء أكان المتعاقدان يصدقان على توقيعاتهما فى آن واحد أم بالتعاقب ، وسواء أكان ذلك أمام محكمة واحدة أم محاكم مختلفة ومتنوعة .

ومما تجب ملاحظته أن القانون لم يشترط التصديق على التوقيعات لصحة نفس العقد ، بل لامكان تسجيله . فالعقد بمجرد صدوره بايجاب وقبول من المتعاقدين يكون صحيحا باعتباره منتجا لمجرد التزامات شخصية ، ولكنه لا يكون ناقلا للملكية الا بعد التسجيل ، ولا يمكن تقديمه للتسجيل الا بعد التصديق على توقيعاته .

الفصل الثانى

فى الهبة

Des Donations

٦٠٨ — **مرجع احكام الهبة** — اقتصر الشارع المصرى على ذكر بعض أحكام الهبة فى مجموعتيه المدنية والتجارية .

ففى المجموعة المدنية ، بعد أن ذكر ، فى المادة ٤٤ / ٦٦ ، الهبة من بين الأسباب التى تكتسب بها الملكية والحقوق العينية ، أفرد لها فصلا خاصا (هو الفصل الثانى من الباب الخامس) . ونص فيه ، فى المواد ٤٨ — ٥٣ / ٧٠ — ٧٦ ، على الأحكام الآتية :

(١) الشروط الخاصة بتمام عقد الهبة وما يترتب عليه ، مقررا أن الملكية تنتقل فى الأموال الموهوبة ، منقولة كانت أو ثابتة ، بمجرد الايجاب من الواهب والقبول من الموهوب له (المادة ٤٨ / ٧٠) .

(٢) الشروط الخاصة بشكل عقد الهبة ، فأوجب أن يكون حاصلا بعقد رسمى والا كانت الهبة باطلة (المادة ٤٨ / ٧٠) ، ولم يستثن من هذا الشرط الا الهبات الموصوفة بصفة عقد آخر (المادة ٤٨ / ٧٠) ، وهبة الأموال المنقولة اذا حصل تسليمها بالفعل من الواهب وتسلمها من الموهوب له (المادة ٤٩ / ٧١) .

(٣) بطلان الهبة اذا مات الواهب أو فقد أهليته للتصرف قبل قبول الموهوب له (المادة ٥٠ / ٧٢) .

(٤) جواز قبول الهبة من ورثة الموهوب له اذا كان قد توفى قبل القبول (المادة ٥١ فقرة أولى / ٧٣) . وجواز قبول الهبة بالنيابة عمن ليسوا أهلا للقبول (المادة ٥١ فقرة ٢ / ٧٣) .

(٥) وجوب التسجيل فى هبات الأموال الثابتة (المادة ٥٢ / ٧٥) .

(٦) بطلان الهبة الحاصلة اضرارا بدائنى الواهب (المادة ٧٤ مختلط) .

وهو تطبيق لأحكام دعوى ابطال التصرفات (الدعوى البولصية) المنصوص عليها فى المادة ١٤٣ / ٢٠٤ .

(٧) بطلان الوقف الحاصل اضرارا بدائنى الواقف (المادة ٥٣ / ٧٦) . وهو تطبيق آخر لأحكام دعوى ابطال التصرفات .

وقد أشارت المادة ٥٣٩ / ٦٦٠ من المجموعة المدنية الى الهبة فى باب عقد الصلح ، اذ تكلمت فى العقد المعنون باسم الصلح الذى يتضمن فى نفس الأمر هبة .

وفى المجموعة التجارية جاء الشارع أيضا ببعض الأحكام الخاصة بالهبة . من ذلك المواد ٢٢٧ / ٢٣٥ ، ٢٢٩ / ٢٣٧ ، ٣٦١ / ٣٧٢ وما بعدها .

ولم يأت القانون بكل أحكام الهبة ، ولكنه ، على حد قول فتحى زغلول باشا [١] ، « نقب تنقيبا فجاء بطرف من كل معنى » .

ومن رأينا الرجوع الى قانون الأحوال الشخصية فيما لم ينص عليه القانون ، فان المادة ١٦ من لائحة ترتيب المحاكم أخرجت الهبة ، كما سيجىء [٢] ، من اختصاص المحاكم الأهلية ، كما أخرجت الوصية والمواريث . ولكن يجب أن يلاحظ أن الهبة فى الأصل من « الأحوال العينية » لتعلقها بالمال . وان كان الشارع قد اعتبرها من مسائل الأحوال الشخصية فما ذلك الا لما لاحظه من أنها تقوم غالبا على فكرة التصدق المندوب اليه ديانة ، فأخرجها من اختصاص المحاكم المدنية ، التى ليس من نظامها النظر فى المسائل التى قد تحوى عنصرا دينيا ذا أثر فى تقرير حكمها [٣] . فيجب بحسب رأينا أن يطبق على الهبة النصوص المذكورة فى المادة ٤٨/ ٧٠ وما بعدها ، وأحكام الهبة الأخرى المذكورة فى القانون ، وأن تكمل بالأحكام العامة للتعهدات ، وألا يلجأ الى قانون الأحوال الشخصية الا عند عدم وجود نص فى القانون .

٦٠٩ — *المحاكم المختصة بنظر مسائل الهبة* — نص فى المادة ١٦ من

---

(١) ص ٨٢ .

(٢) نبذة ٦٠٩ .

(٣) راجع نقض ٢١ يونيه سنة ١٩٣٤ فى الطعن رقم ٤٠ لسنة ٣ قضائية .

لائحة ترتيب المحاكم الأهلية على أنه : « ليس للمحاكم المذكورة أن تنظر . . . فى مسائل الهبة والوصية والمواريث وغيرها مما يتعلق بالأحوال الشخصية ولا يجوز لها أيضا أن تؤول الأحكام التى تصدر فيها من الجهة المختصة بها » .

وهـذا النص صريح فى أن الهبة لا تدخل فى اختصاص المحاكم الأهلية . وكان ذلك يقتضى ألا يعرض الشارع لموضوعها فى مجموعاته . ولـكن ما الحـكم وقد عرض لها ، وجاء بأحكام يخالف بعضها قوانين الأحوال الشخصية . نذكر على سبيل المثال أن القانون المدنى اكتفى بالايجاب والقبول لتمام عقد الهبة (المادة ٤٨/٧٠) ، ولم يشترط القبض ، فى حين أن فقهاء الشريعة الاسلاميـة يشترطون القبض . والعقد الرسمى الذى هو شرط لانعقاد الهبة فى القانون (المادة ٤٨/٧٠) ليس بشرط لها فى الشريعـة . كما أن تسجيل هبات الأموال الثابتـة لا يوجد فى الشريعة الاسلامية ، فى حين أنه شرط فى القانون :

رأى بعض الشراح والمحاكم ، للتوفيق بين النصوص ، أنه يجب التفريق فيما يتعلق بالهبة بين جوازها شرعا وشروط انعقادها وصحتها والأحوال التى يصح الرجوع فيها ، و بين الاجراآت الشكلية التى يجب أن يستوفيها عقـد الهبة من عمله بشكل عقد رسمى ووجوب تسجيله . فالمسائل الأولى تختص بها المحاكم الشرعية ، وأما الثانية فتنظرها المحاكم الأهلية .

ولـكن يلاحظ على الرأى المتقـدم أن النصوص الواردة بالمجموعة المدنيـة اشتملت على أحكام خاصة بشروط انعقاد الهبة وبموضوعها ، ولم تترك كلها لقانون الأحوال الشخصية .

لذلك رأى بعض آخر من الشراح والمحاكم أن اختصاص المحاكم الأهليـة يجب أن يكون مقصورا على ما ذكر بنصوص القانون المدنى .

ونحن من هذا الرأى أيضا ، لأنه وان كانت المادة ١٦ من لائحة الترتيب قد نصت على أنه ليس للمحاكم الأهليـة أن تنظر فى مسائل الهبـة ، فان ايراد القانون للأحكام العديدة التى ضمنها نصوص المواد ٤٨ — ٥٣ وغيرها يؤخذ منه ضمنا أنه أراد أن تـكون هذه الأحكام من اختصاص المحاكم الأهلية ، وخصوصا

أن لائحة ترتيب المحاكم الشرعية لم يأت فيها ذكر للهبات [1] .

وانه لمن المرغوب فيه أن يتدخل الشارع لاعادة النظر فى هذا الموضوع ، فانه بايراده النصوص الكثيرة التى أودعها مجموعتيه المدنية والتجارية لم يبق مبرر لاخراج المسائل المتعلقة بالهبة من اختصاص المحاكم المدنية .

ولم يأت الشارع المختلط بنص صريح مماثل لنص المادة ١٦ من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية ، وانما جاء فى المادة ٩ من لائحة ترتيب المحاكم المختلطة بالنص الآتى : « تختص هذه المحاكم دون غيرها بالحكم فى الدعاوى فى المواد المدنية والتجارية الواقعة بين الأهالى والأجانب أو بين الأجانب المختلفى الجنسية ،ما عدا ما يتعلق بالأحوال الشخصية «en dehors du statut personnel» .

غير أن المادة ٤ من المجموعة المدنية المختلطة ، التى أشارت الى المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية ، لم تذكر من بينها الهبة ، فقد جاء فيها : « المسائل المتعلقة بحالة الأشخاص وأهليتهم والمتعلقة بالزواج و بالحقوق الآئلة بالارث أو بالوصية والمتعلقة بالوصاية والولاية تبقى فى اختصاص قاضى الأحوال الشخصية » .

---

(١) ولم تأخذ محكمة مصر الأبتدائية بالرأى الأخير ، ملاحظة أن نصوص القانون قد تناولت فى الواقع كل ما يتعلق بالهبة من حيث الشكل والموضوع ، فلم يبق شىء للمحاكم الشرعية . ولذلك فان كل محاولة للتوفيق بين نص اللائحة ونصوص القانون المدنى كما هى مستحيلة ، ولا بد من تضحية أحد النصين . وقد رأت محكمة مصر أنه يجب العمل بنصوص القانون المدنى الصريحة بأن الهبة فى الحقيقة أقرب الى المعاملات منها الى الأحوال الشخصية ، وقد طبقت المحاكم من عهد نشأتها نصوص هذا القانون فيا يتعلق بوجوب رسمية عقد الهبة ، فكأنها قضت ضمنا بوجوب تطبيق نصوص القانون المدنى ، ولا يوجد ما يدعو للعمل على نقيض هذا القضاء الآن) مصر الابتدائية ١٣ ابريل ١٩٢٦ المحاماة ٨ رقم ٢٥٤ ص ٣٤٨ المجموعة ٢٨ رقم ١٠٧ ص ٢٠٣) .

ويمكن أن يلاحظ على ما ارتأته المحكمة المذكورة أن نصوص القانون وان كانت قد تعرضت لكثير من موضوعات الهبة ، فانه توجد مسائل لم تتناولها هذه النصوص ، مثل المسائل المتعلقة بالرجوع فى الهبة ، وبتخفيض الهبة فى حالة تجاوز النصاب الشرعى أو عدم ايفاء القدر المفروض شرعا أو نحو ذلك (قارن المادة ٧٨/٥٥) ، والمرجع فيها اذن لقانون الأحوال الشخصية ، فهذه المسائل هى التى تختص بنظرها محاكم الأحوال الشخصية ، فلا محل للقول باهمال النص الوارد بلائحة الترتيب ما دام من الممكن أعمال هذا النص فى الأحوال المذكورة .

ونقل الشارع فى المادة ٥ من نفس المجموعة الحكم الوارد فى المادة ٩ من لائحة ترتيب المحاكم المختلطة المتقدم ذكره .

وقد رأى بعض الشراح أن المحاكم المختلطة تختص بالنظر فى مسائل الهبة ، لعدم ورودها فى المادة ٤ من المجموعة المدنية . ورأى بعض آخر عدم اختصاصها لتعلقها بالأحوال الشخصية .

٦١٠ — **تعريف الهبة** — الهبة هى تمليك المال فى الحال مجانا . فهى تشبه عارية الاستعمال والوصية من حيث انهما تمليك بلا عوض ، غير أنها تختلف عنهما من حيث ان العارية تمليك المنفعة بلا عوض ، وهى تمليك العين والمنفعة ، لا المنفعة فقط ، والوصية تمليك مضاف الى ما بعد الموت ، وهى تمليك للحال .

والأصل أن تكون الهبة بلا مقابل ، ولكن قد يلزم الموهوب له ببعض التكليفات ، كما سيجىء .

ويقال لفاعل الهبة واهب ، وللمال موهوب ، ولمن قبله موهوب له . وقد تطلق الهبة على الشىء الموهوب . والاتهاب بمعنى قبول الهبة .

خصائص الهبة

٦١١ — الهبة عقد . وهى عقد رسمى contrat solennel . واذا كانت تبرعا محضا فهى عقد ملزم لطرف واحد . واذا ألزم فيها الموهوب له ببعض التكليفات فهى من العقود الملزمة للطرفين .

أركان الهبة

٦١٢ — **الايجاب والقبول** — تنعقد الهبة بايجاب من الواهب ، وقبول من الموهوب له ، لأنها عقد ، فتنعقد بهما كسائر العقود . وقد جاء فى المادة ٧٠/٤٨ من المجموعة المدنية : « تنتقل الملكية فى الأموال الموهوبة ، منقولة كانت أو ثابتة ، بمجرد الايجاب من الواهب والقبول من الموهوب له » .

ولا يشترط فى الايجاب والقبول أن يكونا بألفاظ مخصوصة . على أن اللفظ

ليس بشرط ، فقد يكون الايجاب والقبول بالفعل . فالارسال والقبض يقومان مقام الايجاب والقبول ، أى ارسال الشىء من جانب ، وقبضه من الجانب الآخر . فيعتبر ايجابا اعطاء الزوج زوجته قرطا أو حليا وقوله لها خذى هذا أو علقيه .

ويجب توافق الايجاب والقبول . فاذا قرر المعطى أنه يعطى على سبيل الهبة ، وقرر المعطى له أن يقبض على سبيل آخر ، فلا هبة .

٦١٣ — **هل القبض شرط فى صحة الهبة** — على حسب أحكام القانون تتم الهبة بمجرد الايجاب والقبول ، والقبض ليس من شروطها ، الا اذا كانت يدوية ، فان التسليم الفعلى يكون ، كنص المادة ٧١/٤٩ ، شرطا لانعقادها ، اذا لم تحرر بعقد رسمى . وسيأتى تفصيل ذلك عند الكلام فى شكل عقد الهبة .

أما فى الشريعة الاسلامية فقد اختلف الفقهاء . وعند الامام أبى حنيفة وأصحابه الهبة عقد غير لازم ، فلا يثبت الملك فيها بالعقد قبل القبض . فقبل القبض يبقى الموهوب ملكا للواهب ، وله أن يرجع فى هبته ، ويتصرف فى الشىء الذى وهبه ، لأن موانع الرجوع فى الهبة لا تكون الا بعد القبض . ولو مات الواهب قبل القبض كان الشىء الموهوب لورثته . واذا مات الموهوب له بطلت الهبة . والقبض لا يكون الا باذن الواهب .

شروط الهبة

٦١٤ — **الشروط العامة للعقود** — الهبة عقد ، وبصفتها هذه يجب أن تتوافر فيها كل شروط العقد ، وهذه الشروط اما شروط انعقاد واما شروط صحة .

وشروط الانعقاد conditions d'existence لازمة لكى يوجد العقد صحيحا . فالعقد الذى لا تتوافر فيه هذه الشروط عقد لا قيمة له . وشروط الصحة conditions de validité تفترض عقدا موجودا ، ولكنه ليس صحيحا نهائيا . ويترتب على عدم توافر شروط الانعقاد بطلان العقد بطلانا كليا . أما العقد الذى ينقصه شرط من شروط الصحة فلا يكون باطلا ، بل يكون فاسدا ، أى قابلا للبطلان .

وشروط الانعقاد هى : (١) الرضا . (٢) محل العقد . (٣) السبب .

وشروط الصحة هى : (١) الأهلية . (٢) ألا يكون العقد مشوبا بعيب من العيوب المفسدة للرضا .

و بما أن عقد الهبة فى القانون من العقود الرسمية فيجب أن يتوافر فيه شرط آخر ، وهو أن يكون محررا بعقد رسمى ، والا كان باطلا بطلانا كليا .

الرضا

٦١٥ — يجب لانعقاد الهبة ، كما يجب لتكوين كل عقد ، حصول الرضا من المتعاقدين . و يجب أن يكون الرضا شاملا لكل الشروط اللازمة لتكوين العقد ، والا فلا ينعقد ، لأن الرضا يعتبر معدوما .

و يجب أن يكون رضا أحد طرفى العقد مطابقا لرضا الطرف الآخر تمام المطابقة ، و يقال لذلك توافق الايجاب والقبول accord des volontés . وطرفا العقد فى الهبة هما الواهب والموهوب له . وقد تكلمنا فيما سبق فى الايجاب والقبول ، وقلنا ان عقد الهبة يتم بهما ، ولا يشترط فيه القبض كما هو الحال فى الشريعة الاسلامية .

٦١٦ — **عيوب الرضا** — العيوب التى تفسد الرضا هى : الغلط والاكراه والتدليس (١٣٣/١٩٣) .

محل الهبة أو الشىء الموهوب

٦١٧ — يشترط أن يكون محل الهبة مالا . وقد عرفنا أن الأموال بالمعنى القانونى هى الأشياء التى لها قيمة اقتصادية و يصح أن يستأثر بها انسان دون غيره[١] .

---

(١) راجع نبذة ١ . ويشترط فقهاء الشريعة الاسلامية أن يكون الموهوب مالا متقوما . فاذا لم يكن مالا ، كالميتة والدم المسفوح ، أو كان مالا غير متقوم ، كالخمر والخنزير ، فلا تجوز هبته . هذا بالنسبة للمسلمين ، سواء أكانت الهبة لمسلم أم لغير مسلم . أما بالنسبة لغير المسلمين فالحكم على وفق دياناتهم ، اذ أمر المسلمون بتركهم وما يدينون . هذا هو حكم الشريعة =

ويجوز بناء على أحكام القانون ، ووفقا لأحكام الشريعة الاسلامية ، هبة العقارات والمنقولات المادية ، كما تصح هبة الحقوق ، سواء أكانت عينية ، مثل حق الانتفاع ، وحق الارتفاق ، بأن يرتب مالك على أرضه حق ارتفاق بلا مقابل لمصلحة عقار آخر ، أم كانت شخصية ، متى كان لها قيمة مالية .

٦١٨ — شروط الموهوب — يشترط فى الموهوب أن يكون : (١) قابلا للتداول . (٢) موجودا وقت الهبة . (٣) معينا .

وهذه الشروط واجبة بمقتضى أحكام القانون العامة ، وكذلك بمقتضى أحكام الشريعة الاسلامية ، ولكن بالتفصيل الذى سنذكره فيما يلى .

٦١٩ — (١) قابلية الموهوب للتداول — يشترط أن يكون الموهوب قابلا للتداول ، والا فلا هبة . فلا تجوز الهبة فى المساجد والأموال العامة .

٦٢٠ — (٢) كونه الموهوب موجودا — يشترط فى الموهوب أن يكون موجودا وقت الهبة . وهذا شرط فى كل عقود التمليكات فى الحال ، والا استحال تنفيذ الالتزام . والقاعدة أن المستحيل لا يلزم à l'impossible nul n'est tenu .

ويجب أن يراعى وجود الشىء وقت تكوين العقد . فاذا كان موجودا وقت التعاقد فان العقد يتم نهائيا . واذا كان لا يوجد فان العقد يكون باطلا بطلانا كليا ، بل الأصح أن يقال ان العقد لا يوجد . واذا ظهر أن الشىء هلك قبل العقد أو وقت التعاقد فان العقد لا ينعقد لعدم وجود محل له ، كأن يهب شخص لآخر منزله ، ثم يظهر أنه احترق قبل ذلك ، أو يهب له ماشيته ، ثم يظهر أنها نفقت قبل التعاقد أو وقت حصوله .

٦٢١ — (٣) كونه الموهوب معينا — يشترط فقهاء الشريعة الاسلامية ،

= الاسلامية ، فهل يتبع فى القانون ؟ لا نجد فى القانون ما يمنع من أن تكون الأشياء التى لا تعتبر أموالا متقومة محلا للهبة . ولكن الهبة تقوم عادة على فكرة التصدق المندوب إليه ديانة ، ويراد بها الثواب ، فاذا كان الأمر كذلك فانا نرى تطبيق قانون الأحوال الشخصية اذا كانت الهبة بدون مقابل . فبالنسبة للمسلمين يجب أن يكون محل هباتهم مالا متقوما كما تقضى بذلك الشريعة الغراء .

ما عدا الامام مالكا ، أن يكون الموهوب معلوم المقدار فى المقدرات أو معينا بشخصه فى غيرها ، فلا تصح هبة المجهول ، لأن الهبة من العقود الناقلة للملكية كما تقدم ، فلا يجوز أن يهب المالك بعض ماله من غير تعيين ، كما اذا وهب انسان من الفرسين أحدهما ، أو شاة من غنمه ، أو جزءا من نقوده ، أو بعضا من عقاراته من غير أن يعين ، فلا تصح الهبة ، فاذا عين تصح . على أن التعيين لا يشترط فيه أن يكون من الواهب ، بل يصح أن يكون من الموهوب له ، كأن يهب انسان لآخر ما يريد من الفرسين ، فاختار الموهوب له واحدا منهما تصح . أى أنه يشترط أن يكون الموهوب معينا ومعلوما عند الواهب .

وأحكام القانون العامة موافقة لما يقرره فقهاء الشريعة الاسلامية (ما عدا الامام مالكا) من أنه يجب أن يكون محل عقد الهبة شيئا معينا . فالمادة ١٤٩/٩٥ تقضى بأن محل الالتزام يلزم « تعيينه ولو بالنوع وأن يكون صنفه مبينا بكيفية تمنع الاشتباه على حسب الأحوال » .

٦٢٢ — **ملكية الموهوب للواهب** — يلزم أن يكون الشىء الموهوب مملوكا للواهب ، وقد ذكرنا هذا الشرط ضمن شروط الواهب .

٦٢٣ — **هبة المشاع** — اختلف فقهاء الشريعة الاسلامية فى هبة المشاع ، فبعضهم أجازها ، سواء أكان المشاع يحتمل القسمة أم لا يحتملها ، وبعض آخر أجاز هبة المشاع الذى لا يحتمل القسمة واكتفى فيه بالقبض الناقص ، ولم يجز هبة المشاع الذى يحتمل القسمة اذا سلم قبل الافراز . وهذا الخلاف بين فقهاء الشريعة انما منشؤه امكان القبض أو عدم امكانه .

وعندنا أن الحكم فى القانون هو جواز هبة المشاع ، سواء أكان يقبل القسمة أم لا يقبلها ، لأن القانون لا يشترط القبض فى الهبة . فالهبة ، كما رأينا ، تتم « وتنتقل الملكية فى الأموال الموهوبة ، منقولة كانت أو ثابتة ، بمجرد الايجاب من الواهب والقبول من الموهوب له » . ولم يفرق القانون بين المشاع وغير المشاع ، ولا بين المشاع الذى يقبل القسمة والذى لا يقبلها .

٦٢٤ — هل الهبة صحيحة ولو استغرقت جميع المال — يجب التفريق بين ما اذا كان الواهب صحيحا ، أو مريضا مرض الموت .

فاذا كان صحيحا ، وكان أهلا للتبرع ، فيجوز له أن يهب ماله كله أو بعضه لمن يشاء ، سواء أكان أصلا له ، أم فرعا ، أم قريبا ، أم أجنبيا منه ، ولو مخالفا لدينه . وهذا هو حكم الشريعة الاسلامية . وهو حكم القانون أيضا .

أما اذا كان الواهب مريضا مرض الموت فيتبع قانون الأحوال الشخصية . وبحسب الشريعة الاسلامية تعطى هبة المريض مرض الموت حكم الوصية ، فيفرق بين ما اذا كانت الهبة لغير وارث أو لوارث . فاذا كانت لغير وارث نفذت اذا لم يكن له ورثة ، ولو كان الموهوب كل التركة . واذا كان له ورثة فان كان الموهوب أقل من الثلث أو الثلث نفذ ، ولو لم تجز الورثة . وان كان أكثر من الثلث فلا تنفذ فى الزائد على الثلث الا بالاجازة من الورثة . واذا كانت الهبة لوارث فلا تنفذ الا باجازة بقية الورثة ، سواء أكانت بأقل من الثلث ، أم به ، أم بأكثر منه . واجازة الورثة يجب أن تحصل بعد الموت . فلو أجاز الورثة هبة المريض قبل موته لم تجز ، لأن حق الورثة انما يثبت بعد الموت . والمراد بالوارث هنا من كان وارثا وقت الموت ، لا وقت الهبة . فلو وهب لأخيه وله ابن ، ثم مات الابن ، ثم مات الواهب ، وله أخوة ، توقفت هبته من أخيه على اجازة سائر أخوته . ولو وهب لأخيه ، ولا ولد له ، ثم ولد له ابن ، ثم مات ، صحت الهبة ، لأن الأخ ليس وارثا .

وتراعى الأحكام المتقدمة اذا لم يكن الواهب مدينا . فان كان مدينا فلا تنفذ الهبة اذا كان دينه مستغرقا لكل تركته ، سواء أكان الموهوب له أجنبيا أم وارثا ، الا اذا أجازها الدائنون . واذا كان دينه غير مستغرق لتركته فيكون حكم هبة الباقى عن الدين كهبة التركة اذا كانت خالية من الدين .

السبب

٦٢٥ — السبب هو الدافع المباشر الحال الذى دعا العاقد الى التعاقد ،

وهو فى عقود التبرع رغبة المتبرع فى ايجاد منفعة للمتبرع له ، أى نية التبرع animus donandi .

واذا كانت الهبة بعوض donation avec charge ، فالسبب فيها يكون مزدوجا ، اذ من جهة توجد نية الواهب فى التبرع ، ومن جهة أخرى رغبته فى وجوب تنفيذ شرط العوض ، لأنه اذا لم ينفذ يكون له الحق فى طلب ابطال التبرع . فيوجد فى هذه الحالة عقد من عقود التبرع متبادل الالتزام . وسنعود الى هذا الموضوع عند الكلام فى الهبة بعوض .

و يجب أن يكون السبب حقيقيا ومشروعا . فاذا كان مخالفا للقانون أو للنظام العام أو للآداب الحميدة فان الهبة تكون باطلة ، كما اذا كان سبب الهبة العلاقة غير الشرعية بين الواهب والموهوب له ، فان الهبة تكون باطلة بطلانا كليا . ولكن مثل هذه الهبات تكون صحيحة ، اذا كان الغرض منها اصلاح الضرر الذى سببه أحد الطرفين للطرف الآخر ، كما اذا ولد طفل من هذه العلاقة ، أو اذا كانت هذه الهبات عملت بقصد اعفاء أحد الطرفين من وعده الطرف الآخر بالزواج ، فان السبب يكون اذن واجب تعويض الضرر الناشىء للغير ، وهذا سبب يقره القانون .

الأهلية

٦٢٦ — الحكم فى الأهلية فى القانون المصرى يكون على حسب قانون الأحوال الشخصية الخاص بالعاقد ، كما تقول المادة ١٣٠ من المجموعة الأهلية ، أو قانون البلد التابع له العاقد ، كما تقول المادة ١٩٠ من المجموعة المختلطة .

وسنذكر فيما يلى ، ضمن الكلام فى طرفى العقد ، أحكام الشريعة الاسلامية الخاصة بأهلية الواهب لايجاب الهبة ، وأهلية الموهوب له لقبولها .

طرفا عقد الهبة

٦٢٧ — نذكر أولا الشروط التى يجب توافرها فى الواهب ، ثم نذكر الشروط التى تجب فى الموهوب له .

الواهب

٦٢٨ — **شروطه** : يشترط فى الواهب : (١) أن يكون من أهل التبرع . (٢) أن يكون مالكا للموهوب .

٦٢٩ — **(١) كونه الواهب أهلا للتبرع** — يشترط فى الواهب أن يكون بالغا عاقلا غير محجور عليه ، لأن الهبة تبرع ، فلا يملكها من لا يملك التبرع .

فلا تصح هبة الصبى ، مميزا كان أو غير مميز . فغير المميز تبطل هبته ، لأن جميع تصرفاته باطلة . والمميز تبطل هبته لأنها تضر به ضررا محضا ، وهو لا يملك التصرفات التى تعود عليه بالضرر المحض . وهذا سواء أكان المميز محجورا عليه ، أم مأذونا له بالتجارة ، وسواء أجاز الهبة وليه أو وصيه أم لم يجزها ، لأن الولاية والوصايه شرعتا لمصلحة الصغير ، ولا مصلحة له فى اجازة الأعمال الضارة به .

ولا تصح هبة المجنون ، لأن جميع عقوده باطلة .

وقد اختلف فى هبة السفيه والمدين . فالامام أبو حنيفة لا يحجر على السفيه البالغ العاقل ، ولا يلغى تصرفاته ، فهبته صحيحة نافذة . ولكن الفتوى على غير مذهبه . وجمهور الفقهاء على أن هبته باطلة بطلانا كليا . واختلف فيما اذا كان يكفى لبطلان الهبة قيام السفه به وقت الهبة وان لم يكن محجورا عليه ، أم يشترط أن يكون وقت الهبة محجورا عليه بسبب السفه .

وكذلك لا يحجر الامام أبو حنيفة على المدين البالغ العاقل بسبب الدين . فهبته صحيحة نافذة . أما جمهور الفقهاء فيرون الحجر بسبب الدين حفظا لحقوق الدائنين ، ويجيزون هبة المدين غير المحجور عليه . أما المحجور عليه فتتوقف هبته على اجازة الدائنين ، اذا كان الدين مستغرقا لماله أو مؤثرا فى حق الدائنين .

وعند الامام مالك تتوقف هبة المدين فى كل الأحوال على اجازة الدائنين .

٦٣٠ — **(٢) كونه الواهب مالكا** — يشترط فى الواهب أن يكون مالكا للشىء الموهوب . فلا تصح هبة غير المالك ، لأن الهبة من العقود التى

تنتقل بها الملكية . فاذا وهب شخص مال غيره لا تصح هبته ، ولكن يصح أن يجيزها صاحب المال . وهذا هو حكم القانون وحكم الشريعة الاسلامية أيضا . فهبة الشيء المملوك للغير تعتبر باطلة بطلانا نسبيا .

ولكن مسيو دى هلتس يخالفنا فى الرأى ، اذ يقول ان هبة ملك الغير تعتبر باطلة بطلانا كليا radicalement nulle ، ولا تصحح بالاجازة ، كبيع الشيء المملوك للغير ، وللمالك ، اذا شاء ، أن يعقد هبة جديدة ، مع مراعاة الشروط التى يحتمها القانون (١) . ويرد على ذلك بأن بيع المملوك للغير يصح اذا أجازه المالك الحقيقى (المادة ٢٦٤/٣٣٣) . وأيضا فان كون بيع ملك الغير يعتبر باطلا بطلانا كليا مسئلة خلافية . والظاهر أن القانون المصرى يعتبره باطلا بطلانا نسبيا .

الموهوب له

٦٣١ — شروط — يشترط فى الموهوب له : (١) أن يكون موجودا تحقيقا وقت الهبة . (٢) أن يكون معلوما .

٦٣٢ — (١) كونه الموهوب له موجودا تحقيقا — يشترط فى الموهوب له أن يكون موجودا تحقيقا وقت الهبة . فلو وهب لابن فلان ، ولم يكن له ابن ، أو كان موجودا حكما ، كالحمل المستكن ، كانت الهبة باطلة . وهذا بخلاف الوصية ، فانها تصح للحمل المستكن ، كما سيجيء . وقد شبهت الوصية بالميراث بهذا الخصوص ، لأن الجنين يرث باجماع الفقهاء ، فقيست الوصية على الميراث ، أما الهبة فتمليك فى الحال ، والجنين لا يمكنه أن يملك بنفسه ، ولا ولاية لأحد عليه فيقبل نيابة عنه ، لأن الولاية تبتدىء بالولادة .

ولو كان الموهوب له مولودا ولو صغيرا لا يعقل أو مجنونا تجوز الهبة ، ويقبل عنه وليه أو وصيه أو من يربيه ، ولو كان أجنبيا عنه ، ويقبضها . وقد جاء فى المادة ٥١ فقرة ٧٣/٢ :

---

(١) دى هلتس donation نبذة ١٢ .

«... وفى حالة الهبة لمن ليس أهلا للقبول يصح قبولها ممن يقوم مقامه » .	« L'acceptation peut être faite par... les représentants des incapables ».

فاذا كان الموهوب له صغيرا أو مجنونا أو معتوها فى حكمه ، فالذى يقبل عنه هو الولى أو الوصى أو من يكون فى كنفه . وان كان صـغيرا مميزا أو معتوها فى حكمه فيصح قبولها ، لأن فى الهبة منفعة محضة .

وقد جاء فى المـادة ٢٣ من المرسوم الصادر بقانون المجالس الحسبية فى ١٣ اكتوبر سنة ١٩٢٥ أنه يجب على الأوصـياء والقامة ووكلاء الغائبين أن يحصلوا على اذن من المجالس الحسبية بقبول الهبة اذا كانت مقترنة بشرط .

٦٣٣ — **قبول ورثة الموهوب له** — نصت المـادة ٥١ فقرة ٧٣/١ على أنه :

« يسوغ أن يحصل قبول الهبة من ورثة الموهوب له اذا كان قد توفى قبل القبول ... » .	« L'acceptation peut être faite par les héritiers du donataire décédé. .».

وقد جاء القانون بهذا الحكم خلافا للقاعدة العامة التى تقضى بأن الايجاب يبطل اذا مات الطرف الآخر قبل القبول . ولا نجد تعليلا لهذا الاستثناء الا أن يكون الشارع قد افترض أن الواهب بعدم رجوعه فى ايجابه عند وفاة الموهوب له أراد توجيه الايجاب الى ورثة الموهوب له . وهذا الحكم يوافق مذهب الامام مالك .

ويجب أن يلاحظ أنه فى حالة قبول الهبة الحاصـل من الورثة يجب أن يكون هذا القبول بعقد رسمى ، وفقا للمادة ٧٠/٤٨ .

٦٣٤ — (٢) **كونه الموهوب له معلوما** — يشترط أن يكون الموهوب له معلوما . فان كان مجهولا تكون الهبة باطلة . واذا وهب لغير معين ، بأن قال دارى صدقة على الفقراء ، فلا يقضى عليه بها .

الهبة بعوض

٦٣٥ — نية التبرع animus donandi شرط لازم فى الهبة . فاذا كانت الهبة بعوض فهى عقد آخر ، كالبيع والمقايضة . والمقصود بذلك هو ألا يدفع الموهوب له قيمة الهبة .

ولكن يجوز أن يقوم الموهوب له بدفع عوض ، اذا كان لا يساوى قيمة الموهوب ، أى اذا كان أقل من قيمته . وهذا العوض اما أن يكون مالا ، أو تعهدا بفعل أمر ، أو بالامتناع عن أمر ، كما اذا اشترط الواهب أن يباشر الموهوب له ادارة أعماله .

واما أن يكون العوض لمصلحة الواهب ، أو لمصلحة شخص آخر . وفى غالب الأحوال يشترط الواهب ترتيب ايراد لمدى الحياة ، أو وفاء دين معين . وقد يشترط الواهب أن يقوم الموهوب له بايوائه واطعامه .

وتظل الهبة ، رغم العوض ، معتبرة من التصرفات التى تعمل بطريق التبرع (١) . ولكن اذا كان التكليف المقرر على الموهوب له يساوى المنفعة التى

---

(١) المتفق عليه الآن هو أن العقود تنقسم الى قسمين :

ا — عقود المعاوضة أو عقود المعاوضات ، أو عقود المقابلة ، أو التى بمقابل Contrats intéressés ou à titre onéreux .

ب — عقود التبرع ، أو عقود التبرعات Contrats de bienfaisance ou à titre gratuit.

وعقود المعاوضة هى التى يتسلم فيها كل من العاقدين منفعة . وعقود التبرع هى التى يقدم فيها أحد العاقدين منفعة للعاقد الآخر من غير أن يحصل على مقابل لها ، أو هى التى يتسلم فيها أحد العاقدين منفعة من غير أن يقدم عوضا عنها .

وقد ذكر پوتييه (Pothier) نوعا ثالثا مشتركا بين عقود المعاوضة وعقود التبرع ، وهو عقد التبرع الذى يشترط فيه عوض قيمته أقل بكثير من المنفعة التى التزم بها المتبرع ، ولكن القانون لم ينص على هذا النوع المشترك . والرأى السائد بين الشراح الآن هو ، كما تقدم ، أن العقود اما عقود معاوضة أو عقود تبرع . فاذا اشترط فى عقد التبرع دفع عوض أقل بكثير من المنفعة ، فيعتبر عقد تبرع . واذا كان العقد عقد معاوضة ، واشتمل على شىء من التبرع ، فلا تتغير صفته كذلك .

يجنبها من الهبـة ، فانه لا يوجد تبرع فى هذه الحالة ، ويكون العقد — ولو أنه وصف بأنه هبة وحرر بعقد رسمى — اتفاقا بمقابل ، من غير أن يفرق بين كون التكليف مقررا لمصلحة الواهب أو لمصلحة شخص غيره .

وللمحاكم أن تقدر قيمة التكليفات أو الخدمات التى يلزم بها الموهوب له لمعرفة ان كانت الهبة تنقلب عقدا بمقابل .

واذا اشترط عوض فان الهبـة تصبح من العقود المتبادلة contrat bilatéral ، ويترتب عليها ، اذا لم يف الموهوب له بتعهده ، أنه بناء على الشرط الفاسخ الضمنى ، يجوز للواهب أن يطلب فسخ الهبة .

شكل عقد الهبة

٦٣٦ — **وجوب العقد الرسمى** — الهبة من العقود الرسمية contrats solonnels ، فقد جعل القانون من شروطها أن تكون محررة بعقد رسمى . وذلك لغرضين :

(١) لحماية الواهب بتوجيه نظره الى جسامة العمل الذى يقدم عليه ، وهو تجرده عن بعض أمواله بدون مقابل .

(٢) لضمان عدم الرجوع فى الهبة ، اذ يجب ألا يعود الواهب فى هبته ، باعدام السند المثبت لها .

والعقد الرسمى واجب فى الهبة ، سواء أكان موضوعها عقارا أم منقولا ، والا كانت باطلة . وقد نص الشارع على ذلك صراحة فى المادة ٤٨/٧٠ ، اذ أنه بعد أن قرر فيها أن الملكية تنتقل فى الأموال الموهوبة منقولة كانت أو ثابتة بمجرد الايجاب من الواهب والقبول من الموهوب له ، أضاف :

« . . . انما اذا كان العقد المشتمل على الهبة ليس موصوفا بصفة عقد آخر فلا تصح الهبة ولا القبول الا اذا كانا حاصلين بعقد رسمى ، والا كانت الهبة لاغية » .

«. . . toutefois quand la libéralité ne revêt pas les formes d'un autre contrat, la donation et l'acceptation doivent avoir lieu par un acte authentique, sous peine de nullité».

ومما تجب ملاحظته أنه اذا كان ايجاب الواهب وقبول الموهوب له حاصلين فى محررين مختلفين وجب أن يكون كل منهما بعقد رسمى ، اذ أن المادة ٧٠/٤٨ تقول انه لا تصح الهبة ولا القبول الا اذا كانا حاصلين بعقد رسمى . فاذا ورد القبول فى نفس العقد مع الايجاب فيكفى أن يكون العقد حاصلا بمحرر رسمى ، أى لا يشترط أن يحرر بالقبول عقد رسمى مستقل . أما اذا كان القبول منفردا فيجب أن يكون حاصلا بعقد رسمى كذلك .

واذا حصل القبول بعقد مستقل وجب أن يقع فى حياة الواهب ، لأن الايجاب يسقط بوفاة الواهب وفقا للقواعد العامة ، وكما نص عليه فى المادة ٧٢/٥٠ التى جاء فيها :

« تبطل الهبة بموت الواهب أو بفقد أهليته قبل قبول الموهوب له » .

«Lorsque le donateur meurt ou devient incapable avant l'acceptation, la donation est nulle».

وقد رأينا أن المادة ٥١ فقرة ٧٣/١ نصت ، استثناء من القواعد العامة ، على أنه يجوز أن يحصل قبول الهبة من ورثة الموهوب له اذا كان قد توفى قبل القبول . واذا حصل ذلك فيجب أن يقع هذا القبول بعقد رسمى وفقا للمادة ٧٠/٤٨ .

والرجوع فى الهبة لا يشترط فيه العقد الرسمى ، بل يصح أن يكون بعقد عرفى ، وقد يكون دلالة ، كما اذا حصل التصرف فى الأموال الموهوبة .

وقد يتضمن نفس العقد تبرعا من كثيرين لمصلحة موهوب له واحد . وقد يكون العقد من واهب واحد لمصلحة موهوب لهم عديدين . ويجوز لشخصين أن يهبا هبة متبادلة بعقد واحد .

٦٣٧ — **التوكيل بالهبة** — اذا كانت الهبة حاصلة بمعرفة وكيل ينوب عن الواهب فى عقد الهبة وجب أن يكون عقد التوكيل رسميا (اذ بمقتضى هذا التوكيل يقرر الواهب رضاءه بالهبة) ، والا كانت الهبة باطلة ، لأن القاعدة هى أنه اذا كان العقد المراد اجراؤه يشترط فيه العقد الرسمى ، فان التوكيل بعمل هذا العقد

يجب أن يكون رسميا [١]. ويجب أن يكون التوكيل بقبول الهبة رسميا كذلك ، تطبيقا للقاعدة المتقدمة ، فقد رأينا أن المادة تشترط أن يكون القبول حاصلا بعقد رسمى كذلك .

٦٣٨ — ما يترتب على عدم العقد الرسمى — اذا لم تعمل الهبة بعقد رسمى فانها تكون باطلة بطلانا كليا . وعلى ذلك يجوز لكل ذى مصلحة أن يتمسك بالبطلان ، بل انه يجوز للمحكمة أن تقضى بالبطلان من تلقاء نفسها . وللواهب نفسه أن يتمسك بالبطلان .

والهبة الباطلة شكلا لعدم استيفائها شرط الرسمية لا يمكن أن تصحح باجازة الواهب لها ، بل لا بد لتصحيحها من عمل عقد آخر بها يكون رسميا . وهذا حتى فى الحالة التى يقوم فيها الواهب بتنفيذ العقد من جهته ، ولو أقدم على ذلك وهو عالم بالبطلان وبقصد ازالة العيب . غير أن تسليم المنقولات يعتبر هبة يدوية ، وتكون هذه الهبة صحيحة ، من غير حاجة لعمل عقد رسمى بها . ولكن فى هذه الحالة يجب أن يلاحظ أن الهبة الباطلة لم تصحح هنا بالاجازة ، وانما وجدت هبة جديدة .

ولا يعتبر عقد الهبة الباطل سببا صحيحا يكسب الملكية بوضع اليد المدة القصيرة ، أى مدة خمس سنين ، بل لا بد من وضع اليد المدة الطويلة ، أى خمس عشرة سنة .

ويعتبر باطلا كل تصرف من الموهوب له كان عقد الهبة الباطل أساسا له . وتكون صحيحة التصرفات التى أجراها الواهب .

واذا كان الموهوب قد سلم فللواهب أن يطلب استرداده . وله أن يطالب بثمار الموهوب اذا كان الموهوب له سيىء النية ، أى اذا كان يعلم عيب الهبة .

٦٣٩ — الوعد بالهبة — الوعد بالهبة الذى يحصل شفاها ، من غير مراعاة الأوضاع القانونية ، لا ينتج أى أثر قانونى .

---

(١) كتابنا « العقود المدنية الصغيرة » نبذة ٤٤٧ .

الهبات التى لا تخضع لشرط العقد الرسمى

٦٤٠ — بعض العقود ، ولو أنها موصوفة بأنها هبات ، ليست تبرعات حقيقية ، ولذلك لا يشترط فيها أن تكون محررة بعقد رسمى .

وهناك عقود أخرى ، ولو أنها تخول منفعة بلا عوض ، فانها لا تخضع كذلك لشرط العقد الرسمى .

ويدخل فى النوع الأول الهبات التى بعوض donations onéreuses ، وهبات المجازاة donations rémunératoires .

ويدخل فى النوع الثانى :

(١) الهبات المستترة donations déguisées ، وهى التى تقع فى صورة عقود أخرى غير عقد الهبة الصريحة ، كالبيع . وقد استثناها القانون المصرى صراحة فى المادة ٤٨/٧٠ .

(٢) هبات المنقول اذا حصل تسليمه بالفعل وقت الهبة ، ويقال لها الهبات اليدوية dons manuels ، وقد استثناها القانون المصرى صراحة فى المادة ٤٩ / ٧١ . فان كان التسليم مؤجلا وجب أن تكون الهبة بعقد رسمى .

(٣) الهبات غير المباشرة donations indirectes ، وهى التى تقع غالبا فى صورة التنازل أو الترك ، كأن يكون لأحد دين قبل آخر فيتركه له ، أو أن يكون له حق ارتفاق أو حق انتفاع فيتنازل له عنه الخ .

ولم تنص المجموعة الفرنسية على الاستثناءات المتقدمة . غير أن المحاكم أقرت هذه الاستثناءات تحقيقا للضرورات العملية ، مؤيدة ما جرى عليه العمل فى القديم .

الهبات بعوض

Donations onéreuses

٦٤١ — الهبات بعوض التى لا تخضع لشرط العقد الرسمى هى التى تكون محملة بتكليفات قيمتها تكاد تساوى قيمة الأموال الموهوبة . والواقع أنها ليست

هبـات حقيقية . وقد تقدم القول بأنه اذا كان التكليف المقرر على الموهوب له يساوى المنفعة التى يجنيها من الهبة فانه لا يوجد تبرع . والعقد ، ولو أنه موصوف بأنه هبة ، يعتبر اتفاقا بمقـابل ، من غير أن يفرق بين كون التكليفات مقررة لمصلحة الواهب أو لمصلحة شخص آخر .

فالعقد الموصوف بأنه هبة الذى يرتب على الموهوب له تكليفات أو خدمات قيمتها معادلة أو تكاد تسـاوى قيمة الأموال الموهوبة يجوز اعتبارها مقررة فى الحقيقة لعقد بمقابل ، ولا يشترط فيه أن يكون محررا بعقد رسمى .

هبات المجازاة

Donations rémunératoires

٦٤٢ — هذه الهبات هى التى تعمل بقصد مكافأة الخدمات التى أداها الموهوب له للواهب . وهى قد تكون تارة تبرعات محضة ، وأحيانا عقودا بمقابل . وتكون تبرعات محضة اذا كانت الخدمات لا تقدر بنقود ، ولا يخضع الواهب بسببها الا لواجب أدبى بالاعتراف بالجميل un devoir moral de gratitude . أما اذا كانت الخدمات تقدر بالنقود فانها بذلك توجب على الأقل التزاما طبيعيا بالمكافأة . وفى الحالة الأولى يجب فى الهبة أن تكون بعقد رسمى . أما فى الحالة الثانية فتكون لها صـفة الوفاء بتقديم شىء dation en paiement ، أو تـكون تنفيذا لالتزام طبيعى ، ولا يشترط فيها أن تكون بعقد رسمى .

وقد اعتبرت المحاكم الفرنسية من عقود المعاوضة غير الخاضعة لقواعد الهبة ترتيب السيد معاشا مدى الحياة لمصلحة خادمه مكافأة له على خدماته ، وترك بعض الأموال المنقولة لشخص اعترافا بالعناية المقدمة منه للواهب .

وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الايراد المرتب مدى الحياة الذى يقرره رجل غنى لمصلحة أرملة الطبيب الذى عالجه لا يعتبر هبة من غير مقابل ، بل يعتبر من هبات المجازاة ، ولا يشترط فيها الاجراءات المعتادة .

وبأن الخطاب الذى يصرح السيد بمقتضاه لعامله بأن يأخذ لحسابه مبلغا من

النقود على سبيل الهدية يعتبر تبرعا ليست له صفة الهبة التى يلزم فيها العقد الرسمى لتكون صحيحة .

الهبات المستترة

Donations déguisées

٦٤٣ — قلنا ان القانون الفرنسى لم يأت بنص يقرر صحة الهبات المستترة ، أى الموصوفة بصفة عقد آخر ، اذا لم تحرر بعقد رسمى . وقد رأى بعض الشراح أنها باطلة . ولكن المحاكم الفرنسية ثبتت على الرأى العكسى الذى يعتبر هذه الهبات صحيحة وان لم تحرر بعقد رسمى .

ولا تشترط الشريعة الاسلامية شكلا خاصا للهبة ، بل انها تتم صحيحة بالقول ، كما تقدم .

ولما صدر القانون المصرى أخذ بما جرى عليه العمل فى فرنسا ، ونص صراحة ، فى المادة ٤٨/٧٠ ، على أن الهبة تكون صحيحة وان لم تحرر بعقد رسمى اذا كانت موصوفة بصفة عقد آخر .

٦٤٤ — *شروطها* — يجب أن تتوافر فى الهبات الموصوفة الشروط الآتية :

(ا) وجود عقد ساتر يكفى فيه العقد العرفى .

(ب) توافر جميع شروط العقد الساتر .

(ج) توافر سائر شروط الهبة .

٦٤٥ — (ا) ***وجود عقد ساتر يكفى فيه العقد العرفى*** — لا تكون الهبة الموصوفة صحيحة شكلا الا اذا كان العقد العرفى يكفى لصحة العقد الساتر .

والغالب أن تقع الهبات الموصوفة فى صورة عقود البيع ، أو المقايضة . مثالها : أبيع لك عقارا من ممتلكاتى فى مقابل ٥٠٠٠ جنيه ، وأعطيك مخالصة بالثمن من غير أن أكون قد قبضته . أو أبيع لك منزلى فى مقابل ٥٠٠٠ جنيه ، وأعطيك فى الحال مخالصة بنصف الثمن من غير أن أكون قد تسلمته . وليس عقد البيع وحده هو الذى يستر عقد الهبة . فكل العقود التى بمقابل قد تؤدى الى هذا الغرض .

٦٤٦ — (ب) **توافر جميع شروط العقد الساتر** — يشترط لصحة الهبات المستترة أن يكون العقد الساتر لها مستوفيا كل شروطه اللازمة قانونا . فان كان العقد الساتر عقد بيع فيشترط أن يوجد الايجاب والقبول من البائع والمشترى ، وأن يتفق الطرفان على الثمن ، الى آخر ما هنالك من الشروط التى لا يتم البيع الا بها . فاذا انعدم ركن من أركان البيع فالبيع باطل ، وتكون الهبة المستترة فيه باطلة كذلك .

ويشترط ألا يدل ظاهر عقد البيع الساتر على أنه غير حقيقى . فاذا كانت الرغبة فى الهبة ظاهرة ظهورا جليا من خلاله فلا يكون هناك هبة موصوفة بصفة عقد آخر ، بل هبة صريحة ، ويجب ، لكى تكون صحيحة ، أن تحرر بعقد رسمى .

٦٤٧ (ج) — **توافر سائر شروط الهبة** — اتصاف الهبة بعقد آخر لا يعفيها الا من اشتراط العقد الرسمى ، فيجب أن تتوافر فيها سائر شروط الهبة ، كأن يكون الواهب ممن يملك التبرع ، وأن يكون مالكا للشىء الموهوب الخ .

٦٤٨ — **هبة الثمن فى حالة البيع** — انقسمت المحاكم المصرية فى أحكامها فيما اذا ذكر البائع فى عقد البيع أنه يهب الثمن للمشترى ، أو يبرئه منه . فبعضها اعتبر هذه الحالة هبة فى صورة عقد بيع ، وحكم بصحة الهبة . وبعضها اعتبر هذا البيع هبة محضة ، وحكم بعدم صحتها لورودها فى عقد عرفى [1] .

ويؤيد القسم الأول رأيه بالأوجه الآتية :

(١) ان المادة ٤٨ مدنى لم تشترط أن يكون البيع حقيقيا أو صوريا ، بل تكتفى بأن تكون الهبة موصوفة بعقد آخر . وعليه فعقد البيع الذى يذكر فيه أن البائع وهب الثمن للمشترى أو أبرأه منه يجب أن يعتبر عقد هبة فى صورة عقد بيع ، وأن يكون صحيحا ولو عرفيا ، لأن أركان البيع فيه متوافرة كلها .

(٢) الهبة فى هذه الحالة لم تقع الا على الثمن ، وهو منقول ، وهبة المنقول جائزة قانونا بدون أن تكون بطريقة رسمية .

---

(١) راجع كتابنا « الملكية والحقوق العينية » ٢ نبذة ٨٦٩ .

(٣) مما قررته المحاكم نهائيا أن الهبة تكون صحيحة اذا كانت فى صورة بيع ذكر فيه أن البائع قبض الثمن ، ولو قال بعد ذلك بأنه لم يقبضه ، فقياسا على هذا يتعين الحكم بصحة الهبة اذا ذكر البائع أنه وهب الثمن ، اذ ليس من المقبول عقلا أن الشارع أراد اجازة مثل تلك الهبة اذا ذكر البائع كذبا أنه قبض الثمن ، وعدم اجازتها عند ما يذكر البائع أنه وهب المشترى الثمن أو أبرأه منه ، لأنه لا فرق بين تلك العقود ، والنتيجة واحدة فيها .

و يبنى القسم الثانى من المحاكم دعواه على الأسباب الآتية :

ان الهبة الموصوفة بعقد بيع لا تكون صحيحة الا اذا كان عقد البيع الساتر لها فى ظاهره دالا على بيع حقيقى ، فان دل على تبرع من البائع لا يعتبر بيعا حقيقيا ولا هبة فى صورة عقد بيع ، بل يعتبر هبة محضة ، اذ الهبة ما هى الا تمليك بلا عوض ، وهـذا ما يفيده عقد البيع الذى يذكر فيه أن البائع يبرىء المشترى من الثمن .

وأما القول بأن الهبة لم تقع الا على الثمن الذى يعتبر منقولا ، وأن الهبة فيه صحيحة بدون أن تحرر بعقد رسمى ، فقال عنه أصحاب الرأى الثانى ان مثل هذا الاجتهاد بتجزئة البيع الى عقدين ، الأول يشتمل على بيع العين المعينة بالثمن المعين بايجاب وقبول ، والثانى يشتمل على هبة الثمن بايجاب وقبول ، يعتبر اجتهادا مخالفا للمبادىء الأوليـة لتعريف البيع فى جميع الشرائع ، لأن البيع عقد ملزم لطرفى العقد ، أحـدهما يلتزم بنقل ملـكية شىء للثانى ، الذى يلتزم فى مقابلة ذلك بدفع ثمنه المتفق عليه ، فان كان العقد لا يلزم الا طرفا واحدا فقط خرج العقد من حكم البيع وصار عقدا آخر . على أن هبة المنقول اذا لم تعمل بعقد رسمى لا تكون صحيحة الا اذا حصل تسليم الموهوب ، وهنا لا تسليم .

ونحن من مبدأ الفريق الثانى ، لأننا نرى أن عقد البيع اذا ذكر فيه أن البائع أعفى المشترى من الثمن أو وهبه له يجب أن يعتبر هبة محضة ، اذ الرغبة فى الهبة ظاهرة فيه ظهورا جليا ، وتدل على أن الغرض من عقد البيع لم يكن الا للتهرب من القيد الذى اشترطته المادة ٤٨/٧٠ ، أى من وجوب تحرير الهبة بعقد

رسمى . على أنه اذا أخذ برأى الفريق الأول تضيع الفائدة التى قصدها الشارع من اشتراط العقد الرسمى لصحة الهبة ، اذ يمكن كل واهب أن يجعل هبته فى صورة بيع ويعفى المشترى من الثمن .

وقد طرح هذا الموضوع أمام دوائر محكمة الاستئناف الأهلية مجتمعة ، فى أول مايو سنة ١٩٢٢[1] ، فقضت فيه بالرأى الثانى المتقدم .

الهبات اليدوية

Dons Manuels

٦٤٩ — فى الأصل يشترط فى هبات المنقول أن تكون بعقد رسمى ، كهبات العقار ، والا كانت باطلة . ويستثنى من ذلك الحالة التى يحصل فيها تسليم المنقول بالفعل الى الموهوب له ، ولذلك عرفت هذه الهبات بالهبات اليدوية . وقد جاء فى المادة ٧١/٤٩ :

« تعتبر الهبة فى الأموال المنقولة صحيحة بدون احتياج الى تحرير عقد رسمى بها اذا حصل تسليمها بالفعل من الواهب واستلامها (تسلمها) من الموهوب له » .

«En matière de meubles, la donation est parfaite sans qu'il y ait besoin d'acte authentique, s'il y a délivrance effective et prise de possession»

٦٥٠ — **وجوب التسليم** — لا يشترط فى الهبات اليدوية أى اجراء ، فلا يشترط أن تكون بالكتابة . ولكن شرطها الأساسى هو أن يحصل التناول ، أى التسليم من يد الى يد ، أو القبض بالفعل . وهذا الشرط هو الذى يقوم مقام تحرير العقد الرسمى فى الهبات الأخرى . فاذا لم يحصل التسليم والتسلم بالفعل فلا بد فيها من تحرير عقد رسمى .

٦٥١ — **توافر شروط الهبة** — الهبة اليدوية معفاة فقط من شرط رسمية العقد . ولكن يجب أن تتوافر فيها كل الشروط الأخرى الخاصة بالهبة ، مثل شرط الأهلية ، ونية التبرع الخ .

---

(١) المجموعة ٢٣ رقم ٤٢ ص ٦٨ المحاماة ٢ رقم ١٦٠ ص ٤٧٣ .

٦٥٢ — الاثبات فى الهبة اليدوية — بما أن الحيازة فى المنقول سند الملكية فان ادعى شخص أن الشىء الذى فى يد غيره موهوب له فعليه أن يثبت ذلك . كذلك اذا حاز شخص منقولا أعطى له بصفة هبة يدوية فعلى من ينازعه فى ذلك أن يثبت دعواه . ولكن يجب أن تتوافر فى الحيازة شروطها ، بأن تكون هادئة ظاهرة الخ . فاذا ادعى خادم ، بعد وفاة سيده ، أن الأشياء المنقولة التى فى حيازته وهبها له سيده هبة يدوية ، فعليه أن يثبت دعواه ، لأن حيازته غامضة ، فصفته موجبة للشك فى حيازته .

٦٥٣ — محل الهبة اليدوية — ينبنى على كون التسليم شرطا أساسيا فى الهبات اليدوية أنها لا تكون الا فى الأموال التى يصح فيها التسليم الفعلى ، أى فى المنقولات المادية ، فلا تكون فى العقارات ، ولا فى الأموال المعنوية ، كالديون المدنية والتجارية والسندات الاسمية أو التى تحت الاذن . ولكن يستثنى من هذه القاعدة الديون والالتزامات المحررة بمقتضى سندات لحاملها ، فان تسليم هذه السندات الى الموهوب له يكفى ، اذ الحق فيها يندمج فى المحرر ويعتبر الحائز للسند دائنا .

ولكن يجب على خصم الحائز أن يثبت أن الحيازة غامضة أو عرضية الخ . ويجوز له أن يثبت ذلك بكل طرق الاثبات ، خصوصا اذا ادعى بوجود غش أو تبديد .

٦٥٤ — الاتفاقات الملحقة بالهبات اليدوية Pactes adjoints aux dons manuels — هل يجوز للعاقدين ، باتفاقات خاصة ، تعديل الآثار العادية المترتبة على التسليم ؟ كما اذا اتفق على أن الواهب يحتفظ بحق الانتفاع فى الأشياء الموهوبة ، أو أن الموهوب له لا يتسلم الا حق الانتفاع ، أو أن الهبة تنفسخ اذا تحقق حادث معين ، كما اذا عادت الى الواهب صحته وقد كان فى خطر الموت ساعة التسليم .

رأى بعض الشراح فى فرنسا أنه لا يمكن تعديل النتائج القانونية للتسليم ،

لأنها يترتب عليها أن تنتقل الى الموهوب له الملكية التامة فى الشىء الموهوب . فاذا أراد الواهب أن يحتفظ بحق الانتفاع أو بملك الرقبة أو أن يضع شرطا فاسخا فيجب لذلك عمل اتفاق ، وهذا الاتفاق يكون خاضعا للأوضاع الرسمية التى تنص عليها المادة ٩٣١ . ومن رأى بعض هؤلاء الشراح أن الهبة تبقى صحيحة ، ولكن الشروط تعتبر غير موجودة . ومن رأى بعضهم أن الهبة تبطل أيضا .

ولكن الرأى المتقدم يرتكز على تحليل خاطىء للعملية القانونية التى أرادها العاقدان ، لأنه لا يرى فى الهبة اليدوية الا أنها تسليم ، ولا يهتم بتوافق الارادتين الذى هو سبب التسليم . وهذا التوافق يمكن أن يقترن به كل الاشتراطات التى يرغب العاقدان فى تقريرها ، بشرط ألا تتعارض مع التسليم المادى الذى هو الشرط الأساسى فى عقد الهبة اليدوية . فمن رأى الشراح الآن أنه لا توجد أية استحالة قانونية تتعارض مع قصر حق الموهوب له — الذى تسلم اليه الأشياء الموهوبة — على حق الانتفاع ، أو على ملك الرقبة ، أو تعليق الملكية على شرط فاسخ .

وتقضى المحاكم بصحة الاتفاقات الملحقة بالهبات اليدوية ، وعلى الأخص اشتراط الاحتفاظ بحق الانتفاع .

٦٥٥ — **الوعد بالهبة اليدوية** — التسليم الفعلى شرط فى الهبة اليدوية كما تقدم . وعلى ذلك فالوعد بالهبة اليدوية باطل بطلانا كليا . ويجوز للواعد أن يرجع فى وعده ، صراحة ، أو دلالة ، بتسليم الشىء الى شخص أجنبى . وفى حالة وفاة الواعد يجوز لورثته أن يمتنعوا عن تسليم الشىء الذى وعد به . واذا سلموه فيمكن اعتبار عملهم هبة يدوية من جهتهم ، ولا يعتبر تصحيحا للهبة التى وعد بها مورثهم ، لأنها باطلة ولا تصححها اجازتهم .

الهبات غير المباشرة

Donations indirectes

٦٥٦ — الهبة غير المباشرة هى التى تنشأ من أى عقد غير الهبة ، من

غير أن يكون التبرع الذى تحويه مخفيا . والذى يميزها عن الهبات المستترة هو وجود الصورية فى الهبات المستترة ، أما فى الهبات غير المباشرة فتظهر نية الواهب فى التبرع ورغبته فى الهبة .

وقد تقع الهبات غير المباشرة فى صورة التنازل أو الترك ، أو قد يحويها عقد من عقود المعاوضة ، كما سنفصله فيما يلى .

ومن المتفق عليه أن الهبات غير المباشرة غير خاضعة لشرط العقد الرسمى ، لأن السندات التى يلزم فيها استعمال الأوضاع الشكلية هى العقود المحررة عن هبات les actes portant donations (المادة ٤٨/٧٠/٩٣١) .

٦٥٧ — التنازل أو الترك لمصلحة آخر Renonciation in favorem — تقع الهبات غير المباشرة غالبا فى صورة التنازل أو الترك ، كما اذا أعطى دائن مدينه مخالصة بدين مستحق عليه ، أو كما اذا تنازل شخص عن حق انتفاع أو حق ارتفاق مقرر لمنفعة عقاره على عقار الموهوب له ، أو تنازل عن حقه فى وصية أو ميراث ، فكل هذه الأعمال التى هى عبارة عن تنازل أو ترك اذا عملت بطريق التبرع فانها تكون هبات غير مباشرة ، ولا يشترط فيها أن تكون بعقد رسمى .

وقد اختلف فيما اذا كان يشترط فى الهبة التى من هذا القبيل قبول الموهوب له . فبعض الشراح رأى وجوب ذلك . ورأى البعض الآخر أنه لا لزوم للقبول ، لأن الترك عمل قضائى يحصل من طرف واحد . وقررت محكمة الاستئناف المختلطة أن الابراء صحيح بحسب الشريعة الاسلامية ولو لم يقبل .

٦٥٨ — الابراء من الدين Remise de dette — الابراء من الدين يدخل فى التنازل ، ولا يخضع لقواعد الهبة الخاصة بالشكل . فالاقرار الصادر من الدائن الذى بمقتضاه يعطى مدينه المبلغ الذى يداينه به يكون صحيحا وان لم يحرر بعقد رسمى . ولكن يشترط أن يكون الدائن أهلا للتبرع والمدين أهلا للقبول .

وقد يكون الابراء صراحة أو دلالة ، كحالة تسليم سند الدين للمدين (٢١٩ و ٢٢٠/٢٨٤ و ٢٨٥/١٢٨٢ و ١٢٨٣) .

٦٥٩ — **عقد الاكتتاب** Contrat de souscription — الاكتتابات التى تفتح لانشاء عمل خيرى أو لمساعدته ، أو للمنفعة العامة ، هى هبات ، ويجب أن تكون خاضعة للقواعد الخاصة بالشكل . ولكن الحاصل عملا هو أن كثرة عدد المكتتبين وضآلة الاكتتابات الفردية تجعل استعمال الشكل الرسمى مستحيلا . فاذا كان الاكتتاب مصحوبا بالدفع فى الحال فتوجد هبة يدوية ، ولا حاجة للعقد الرسمى . ولكن اذا كان الدفع بعد الاكتتاب فيوجد وعد بالهبة اليدوية ، ومثل هذا الوعد باطل .

ومن رأى الشراح أن الأفضل اعتبار مثل هذا التعهد عقدا خاصا أوجده العرف ، فهو ليس بهبة ، ولكن يمكن بواسطته تحقيق تبرع .

وقد قررت محكمة استئناف نانسى أنه لا توجد هبة ، وانما يوجد عقد غير مسمى خاضع للقواعد العامة للتعهدات . وقد رفضت محكمة النقض الفرنسية الطعن الذى رفع اليها عن هذا الحكم ، مقررة أن الاكتتاب بطبيعته غير خاضع للأوضاع المذكورة بالمادة ٩٣١ . والظاهر أنها تعتبره هبة غير مباشرة .

ويجب أن يستنتج مما تقدم أن الاكتتاب غير المصحوب بدفع قيمته يكون ملزما للمكتتب .

٦٦٠ — **توافر شروط الهبة** — انه وان كانت الهبات غير المباشرة لا تخضع لشرط العقد الرسمى فانها تخضع لكل القواعد الموضوعية الخاصة بالهبات ، ومن بين هذه القواعد شرط توافق الارادتين صراحة أو دلالة بين المتبرع والمتبرع له ، وهذا الشرط واجب حتى فى حالة التنازل . غير أنه لا يشترط أن يكون القبول صريحا ، حتى فى القانون الفرنسى الذى يوجب ذلك فى الهبات العادية .

عقود التبرعات

Contrats de bienfaisance

٦٦١ — عقود التبرعات هى التى وان لم تقرر هبة بالمعنى القانونى فانها تجلب منفعة بلا مقابل لمصلحة أحد المتعاقدين ، مثل عارية الاستعمال والوديعة .

وليس من الضرورى لصحة هذه العقود أن تعمل بعقد رسمى .

الهبات المعلقة على شرط [1]

٦٦٢ — لا يوجد فى القانون ما يمنع تعليق الهبة على شرط . وتطبق بالنسبة لها أحكام القانون الخاصة بالشروط .

والشرط اما واقف suspensive ، أو فاسخ résolutoire . مثال الشرط الواقف : أعطيك مبلغ كذا اذا رزقت بمولود ذكر . ومثال الشرط الفاسخ : أعطيك مبلغ كذا على أن يرد لى هذا المبلغ اذا مت قبلى .

فاذا كان الشرط واقفا فالعقد معلق ، وليس على المتعهد واجب ، وليس للمتعهد له حق تام قبله . ولكن هذا لا يؤخذ على اطلاقه ، فان المتعهد له يكون له حق ، ولكنه معلق على تحقق الشرط ، فيجوز له أن يتخذ الاجراءات التحفظية ، فيقطع سريان المدة ، ويجدد قيد الرهن التأمينى الخ . وان تحقق الشرط تأيد العقد .

واذا كان الشرط فاسخا فالعقد موجود ، وتترتب عليه كل آثاره ، ولكن اذا تحقق الشرط سقط العقد ، واعتبر كأنه لم يكن (المادة ١٥٨/١٠٤ ١١٧٦ و ١١٧٧) ، أى أن التأييد أو الفسخ يعتبر حاصلا من وقت العقد (المادة ١١٧٩/١٥٩/١٠٥) ، فيكون للشرط أثر رجعى .

واذا تخلف الشرط ، أى لم يتحقق ، فان كان الشرط واقفا فلا ينعقد التعهد أصلا ، وان كان فاسخا فالعقد باق ونافذ .

حكم الهبة

٦٦٣ — يترتب على الهبة اما اكتساب حق للموهوب له ، أو انقضاء حق كان قائما ضده . وينشأ عنها التزامات بين العاقدين .

٦٦٤ — **انتقال ملكية الموهوب** — يترتب على الهبة انتقال الشىء

---

(١) راجع بشأن العمرى والرقبى كتابنا « الملكية والحقوق العينية » ٢ نبذة ٨٩٣ — ٨٩٧ .

الموهوب من ملكية الواهب الى ملكية الموهوب له . وقد جاء فى المادة ٤٨/٧٠ :

« تنتقل الملكية فى الأموال الموهوبة منقولة كانت أو ثابتة بمجرد الايجاب من الواهب والقبول من الموهوب له . . . » .

«La propriété des meubles et des immeubles donnés est acquise par le fait même de la donation et de l'acceptation...»

وزادت المادة ٥٢/٧٥ : « لا يصح التمسك بهبة الأموال الثابتة والاستناد عليها ، بالنسبة لغير الواهب والموهوب له ، الا على حسب المقرر بالقواعد المتعلقة بتسجيل عقود الهبة » .

فيرى من هذه النصوص أن الهبات الخاصة بالمنقول تنتقل الملكية فيها بمجرد الايجاب من الواهب والقبول من الموهوب له ، متى كانت محررة بعقد رسمى ، وذلك وفقا للمادة ٤٨/٧٠ . واذا كانت الهبات المذكورة يدوية ، فانه وفقا للمادة ٤٩/٧١ ، يجب ، اذا لم تكن محررة بعقد رسمى ، أن يحصل تسليمها بالفعل من الواهب ، وتسلمها من الموهوب له ، والتسليم شرط أساسى فيها كما تقدم . ولا يشترط التسجيل فى هبات الأموال المنقولة ، سواء أكان فيما يختص بانتقال الملكية بين المتعاقدين أم كان للاحتجاج بها على الغير .

وبالنسبة للعقار تنتقل الملكية فيما بين المتعاقدين ، بالايجاب والقبول كذلك ، وفقا للمادة ٤٨/٧٠ ، ولكن للاحتجاج بالهبة ضد الغير لا بد من تسجيلها ، كما تقضى بذلك المادة ٥٢/٧٥ . هذه هى أحكام القانون المدنى . ولكن المادة ٥٢/٧٥ ألغيت بقانون التسجيل الجديد (القانون رقم ١٨ /١٩ لسنة ١٩٢٣) . وقد قضى هذا القانون ، كما رأينا ، بأن جميع العقود الصادرة بين الأحياء ، سواء أكانت بعوض أم بغير عوض ، والتى من شأنها انشاء حق ملكية أو حق عينى عقارى آخر أو نقله أو تغييره أو زواله ، يجب شهرها بواسطة تسجيلها ، ويترتب على عدم التسجيل أن الحقوق المشار اليها لا تنشأ ، ولا تنقل ، ولا تتغير ، ولا تزول ، لا بين المتعاقدين ، ولا بالنسبة لغيرهم . أى أن التسجيل

واجب الآن لانتقال الملكية فيما بين المتعاقدين ، أى فيما بين الواهب والموهوب له ، كما أنه واجب بالنسبة للغير . ولا يكون للعقود غير المسجلة من الأثر سوى الالتزامات الشخصية بين المتعاقدين .

التزامات الواهب

٦٦٥ — *التزام التسليم* — يجب على الواهب أن يسلم الشيء الموهوب الى الموهوب له ، أو أن يقوم بما وعد به . غير أنه فى الهبة اليدوية لا يوجد الالتزام بالتسليم ، لأن التسليم ركن من أركان الهبة ، فالهبة نفسها لا توجد الا اذا وجد التسليم .

ويجوز للموهوب له ولورثته طلب التسليم . وهذا الحق مخول أيضا لدائني الموهوب له وللمحول عليه منه .

وعلى الواهب أن يسلم نفس الموهوب . وليس للموهوب له أن يطالب بشيء غير الموهوب .

وهل تجوز المطالبة بالثمار والايرادات من وقت الهبة ؟ اذا كان الموهوب عينا معينة corps certain جازت المطالبة بها ، لأن الموهوب له يكون مالكا فى هذه الحالة ، وتجب الثمار عينا ، واذا كان الواهب قد استهلكها من غير حق فتجب قيمتها .

وللموهوب له أن يطالب بتعويضات اذا كان عدم تنفيذ الالتزام مبنيا على تقصير من الواهب .

٦٦٦ — *التزام الضمان* obligation de garantie — على الواهب أن يمتنع عن كل عمل من شأنه التعرض للموهوب له ، كاتلاف الشيء الموهوب ، أو التصرف فيه لمصلحة شخص آخر ، أو قبض قيمة الدين الذى تنازل عنه الى الموهوب له الخ . ولكنه ليس ملزما بأن يضمن للموهوب له عيوب الشيء أو التعرض الحاصل عن فعل الغير والاستحقاق المترتب عليه . فاذا استحق الشيء الموهوب لمالكه الحقيقي فليس للموهوب له الذى انتزع منه أن يرجع على

الواهب . وهذه القاعدة من السهل تبريرها ، اذ الهبة تمنح من غير مقابل . على أن الواهب قد يكون ملزما بالضمان اذا وجد اتفاق بذلك .

التزامات الموهوب له

٦٦٧ — **الالتزام بتنفيذ التكليف** Obligation d'exécuter les charges de la donation [1] — يجوز أن يكون محل الالتزام تسليم شيء أو تقديم خدمة أو الامتناع عن أمر .

و بما أن الهبة خاضعة لمبدأ الرسمية فاثبات التكليف لا يكون الا فى سند الهبة نفسه ، ولا يمكن التمسك بالتكليف الذى لا يوجد فى العقد الرسمى . على أنه ليس من الضرورى أن يذكر التكليف صراحة ، فيكفى أن يظهر دلالة من مشتملات السند . وبالنسبة للهبات غير الخاضعة للرسمية يمكن اثبات التكليف غير المذكور فى سند الهبة بطرق الاثبات العادية .

والملزم بتنفيذ التزام التكليف هو الموهوب له ، وورثته عند الاقتضاء .

واذا لم ينفذ الالتزام فللواهب الخيار بين دعوى طلب تنفيذ التكليف ودعوى فسخ الهبة .

واذا كان التكليف لمصلحة الغير فيجوز لمن جعل التكليف لمصلحته وللواهب طلب التنفيذ .

الاعتصار فى الهبة ، أى الرجوع فيها
فى الشريعة الاسلامية

٦٦٨ — **اختلاف الأئمة** — اختلف فقهاء الشريعة الاسلامية فى صحة الرجوع فى الهبة ، لتعارض الآثار الواردة فى موضوعها . وقد انقسموا الى ثلاثة آراء :

---

(١) راجع كتابنا « الملكية والحقوق العينية » نبذة ٨٩١ ص ٣٧٨ — ٣٧٩ ، فى الفرق بين التكليف والشرط .

(ا) قال أهل الظاهر ، وهو رواية عن أحمد ، لا يجوز لأحد أن يعتصر ما وهبه .

(ب) ذهب مالك وجمهور علماء المدينة والشافعى وأحمد الى أن للأب أن يعتصر ما وهبه لابنه .

(جـ) ذهبت الحنفية والهادوية الى جواز الرجوع فى الهبة ، الا اذا حصل مانع من الرجوع ، كالهبة لذى رحم ونحو ذلك . فالأصل هو الرجوع ، الا اذا قام دليل على المنع .

وسنتكلم فى الموانع بالتفصيل فيما يأتى :

٦٦٩ — **ما يفيد الرجوع** — يكون الرجوع بأى لفظ يفيده ، مثل رجعت فى هبتى ، أو ارتجعتها ، أو ارتددتها ، أو رددتها الى ملكى ، أو أبطلتها ، أو نقضتها الخ . فان لم يتلفظ بذلك ، ولكنه باعها أو رهنها لم يكن هذا رجوعا .

ولا يصح الابراء عن حق الرجوع . أما لو صالحه عن حق الرجوع على شىء فانه يصح ، ويكون عوضا عن الهبة ، ويسقط حق الرجوع .

٦٧٠ — **شرط الرجوع فى الهبة التراضى أو حكم القضاء** — عند الحنفية لا يصح الرجوع فى الهبة الا برضا الموهوب له أو قضاء القاضى .

٦٧١ — **موانع الرجوع فى الهبة عند الحنفية** — قلنا فيما تقدم ان فقهاء المذهب الحنفى يجيزون الرجوع فى الهبة ما لم يمنع مانع . والموانع من الرجوع فى الهبة سبعة ، يجمعها حروف « دمع خزقة » . فالدال الزيادة المتصلة . والميم موت أحد العاقدين . والعين العوض . والخاء خروج الموهوب عن ملك الموهوب له . والزاى الزوجية . والقاف القرابة المحرمية . والهاء هلاك الموهوب .

والمانع من الرجوع انما يكون فى الهبة الصحيحة . فيصح الرجوع فى الهبة الفاسدة ، وان وجد أحد الموانع .

٦٧٢ — (١) **الزيادة المتصلة** — المراد بالزيادة المتصلة هو الزيادة فى نفس الموهوب بشىء يوجب زيادة فى القيمة . وهى مانعة من الرجوع ، لأن

الرجوع لا يصح الا فى الموهوب ، والزيادة ليست بموهوبة فلا رجوع فيها ، والفصل متعذر ليرجع فى الأصل دون الزيادة . مثالها : اذا كان الموهوب أرضا ، فأنشأ فيها الموهوب له بناء ، أو غرس شجرا ، أو اذا كان الموهوب دارا فجصصها الموهوب له ، أو زخرفها بالذهب ، أو زاد فيها بناء . أو كان الموهوب دابة هزيلة فسمنت . أو كان الموهوب ثوبا فصبغه ، أو قطعه قميصا وخاطه .

والزيادة فى الموهوب زيادة متصلة تمنع من الرجوع ، سواء أكانت بفعل الموهوب له أم لا .

واذا زاد الموهوب من حيث السعر فله الرجوع ، لأنه لا زيادة فى العين .

واذا تبدل اسم الموهوب ، كأن كان حنطة فطحنت ، وجعلت دقيقا ، فلا يصح الرجوع عن الهبة . أما اذا لم يتبدل اسمه فلا يزول حق الرجوع . فلو وهب لرجل شجرة ، واذنه بقطعها ، ففعل ، وأنفق فى القطع ، كان للواهب أن يرجع فيها ، لأن القطع نقصان ، والنقصان لا يمنع الرجوع . ولو وهب دارا فهدم الموهوب له بناءها كان للواهب أن يرجع فى الأرض .

٦٧٣ — **الزيادة غير المتصلة** — اذا كانت الزيادة غير متصلة ، أى منفصلة ، فانها لا تمنع الرجوع ، فلو حملت الفرس التى وهبها لغيره فليس له الرجوع عن الهبة ، ولكن له الرجوع بعد الولادة . وبهذه الصورة يكون فلوها للموهوب له .

٦٧٤ — (٢) **موت أحد المتعاقدين** — وفاة الواهب أو الموهوب له مانعة من الرجوع . فليس للواهب الرجوع عن الهبة اذا توفى الموهوب له . كما أنه اذا توفى الواهب ليس لورثته استرداد الموهوب . وذلك لأن بموت الموهوب له ينتقل الملك الى ورثته ، وهم لم يستفيدوه من جهة الواهب ، فلا يرجع عليهم ، كما اذا انتقل اليهم فى حال حياته ، ولأن تبدل الملك كتبدل العين ، فصار كعين أخرى . وأما وفاة الواهب فلأن الشارع أوجب حق الرجوع للواهب ، والوارث ليس بواهب

٦٧٥ — (٣) **العوض** — اذا أعطى للهبة عوض قبضه الواهب فهو مانع للرجوع ، لأن التعويض دليل على أن مقصود الواهب هو الوصول الى العوض ، فاذا وصل فقد حصل مقصوده ، فيمنع الرجوع ، وسواء قل العوض أو كثر .

ولو عوض عن جميع الهبة ، فانه يمنع الرجوع . ولو عوض عن بعض الهبة فله الرجوع فيما لم يعوض عنه . وليس له الرجوع فيما عوض .

٦٧٦ — (٤) **خروج الموهوب من ملك الموهوب له** — اذا خرج الموهوب من ملك الموهوب له ، بأى سبب كان من البيع والهبة والموت ونحوها ، لا يبقى للواهب حق الرجوع ، لأن الاخراج عن ملكه وتمليكه لغيره حصل بتسليط الواهب ، فلا يمكن من نقض ما تم من جهته ، اذ القاعدة أن كل من سعى فى نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه ، ولأن تبدل الملك كتبدل العين ، فصار كعين أخرى .

واذا بيع نصف الهبة أو بعضها رجع فى الباقى .

٦٧٧ — (٥) **الزوجية** — لو وهب أحد الزوجين هبة للآخر ، حال كون الزوجية قائمة بينهما ، ليس له الرجوع ، لأن الزوجية نظير القرابة المحرمية ، بدليل جريان التوارث بينهما بلا حجب ، فيكون المقصود فى هبة كل واحد منهما للآخر الصلة والتواد دون العوض ، كما فى القرابة المحرمية .

ويشترط لمنع الرجوع أن تكون الزوجية قائمة وقت الهبة ، سواء أدخل الزوج بالزوجة أم لم يدخل . فلو وهب شيئا لأجنبية ، ثم تزوجها ، أو وهبت لأجنبى ، ثم زوجت نفسها منه ، كان للواهب أن يرجع فى الهبة ، لعدم علاقة الزوجية بينهما وقت الهبة . أما لو وهب شيئا لزوجته ، ثم طلقها ، فانه لا يرجع لقيام الزوجية وقت الهبة .

٦٧٨ — (٦) **القرابة** — من وهب لأصوله أو فروعه أو لأخيه أو أخته أو لأولادهما أو لعمه أو لعمته أو لخاله أو لخالته شيئا فليس له الرجوع ، لأن

المقصود منها صلة الرحم وقد حصل ، وفى الرجوع قطيعة الرحم ، فلا يرجع فيها .

والمراد بالقرابة هنا القرابة الرحمية المحرمية ، أى التى يكون فيها الموهوب له قريبا للواهب ويحرم عقد الزواج بينهما ، فدخل فيها الآباء والأمهات وان علوا ، والأولاد وان سفلوا ، وأولاد البنين والبنات فى ذلك سواء ، وكذلك الأخوة والأخوات وأولادهم وان سفلوا ، والأعمام والعمات والأخوال والخالات .

والمحرمية بالسبب لا بالقرابة لا تمنع الرجوع ، كالآباء والأمهات والأخوة والأخوات من الرضاع . وكذا المحرمية بالمصاهرة ، كأمهات النساء والربائب وأزواج البنين والبنات . ولذلك يخرج من كان ذا رحم وليس بمحرم ، كابن العم وابن الخال والخالة .

واذا وهب لأخيه ولأجنبى ، فله الرجوع فى حظ الأجنبى ، لعدم المانع من الرجوع ، بخلاف الأخ فان القرابة فيه مانعة عنه .

٦٧٩ — (٧) **الهلاك** — اذا هلكت العين الموهوبة فى يد الموهوب له أو استهلكت لا يبقى للرجوع محل . وذلك لتعذره بعد الهلاك ، اذ الموهوب غير مضمون على الموهوب له ، فلا سبيل الى الرجوع فى الهالك ، ولا سبيل الى الرجوع فى قيمته ، لأنها ليست بموهوبة ، لانعدام ورود العقد عليها .

ولو استهلك البعض فللواهب أن يرجع بالباقى .

الرجوع فى القانون الفرنسى

٦٨٠ — **الأصل لا رجوع** — عرف القانون الفرنسى الهبة فى المادة ٨٩٤ بالتعريف الآتى : « الهبة عقد به يتجرد الواهب عن الشىء الموهوب ، فى الحال ومن غير رجوع ، لمصلحة الموهوب له الذى يقبله » . فبمقتضى القانون الفرنسى لا يجوز الرجوع فى الهبة .

وهناك ثلاثة أسباب للرجوع ، نص عليها القانون بصفة خاصة ، وهى :

(١) عدم تنفيذ التكليفات .

(٢) جحود الموهوب له .

(٣) طروء ولد على الواهب[١] .

الرجوع فى القانون المصرى

٦٨١ — سبق القول بأنه يترتب على الهبة انتقال ملكية الأموال الموهوبة من الواهب الى الموهوب له ، وأن فقهاء الشريعة الاسلامية قد انقسموا بالنسبة لصفة الملك الذى ينتقل الى الموهوب له الى ثلاثة آراء : فقال الحنفية انه ملك غير لازم فى الأصل ، وللواهب أن يرجع فى هبته ، وانما يثبت اللزوم ويمتنع الرجوع بأسباب عارضة ، وقال آخرون الثابت بالهبة ملك لازم فى الأصل ، ولا يصح الرجوع الا فى هبة الوالد لولده ، وقال أصحاب الرأى الثالث بأن الثابت فى الهبة ملك لازم ، ولا يجوز الرجوع بتاتا .

وسبق القول أيضا بأن القانون الفرنسى يقضى بتجرد الواهب من المال الموهوب من غير أن يكون للواهب الرجوع فى هبته ، الا فى الأحوال الخاصة التى نص عليها صراحة فى القانون .

أما القانون المصرى فلم ينص على صفة الملك الذى ينتقل الى الموهوب ، فلم يبين جواز الرجوع أو عدم جوازه . ويتعين البحث فيما اذا كان يستفاد من نصوص القانون المصرى عدم جواز الرجوع فى الهبة ، أم أن موضوع الرجوع من المسائل التى يطبق عليها قانون الأحوال الشخصية :

يرى بعض الشراح والمحاكم عدم جواز الرجوع فى الهبة اطلاقا ، باعتبار أن الشارع المصرى طرح جانبا موضوع الرجوع فى الهبة متأثرا بأحكام القانون الفرنسى التى تقضى بأنه لا يجوز لأحد المتعاقدين أن يستقل بفسخ العقد[٢] .

ومن رأينا الأخذ فى هـذه المسألة بأحكام قانون الأحوال الشخصية ، فقد

---

(١) راجع كتابنا « الملكية والحقوق العينية » ٢ نبذة ٩٤٦ وما بعدها .

(٢) فتحى زغلول باشا ص ٨١ — ميت غمر الجزئية ١٠ ديسمبر ١٩٣١ الجريدة القضائية ١٠٨ ص ٢٣ مجموعة ناصر ٤٥٨٥ .

رأينا فيما تقدم أن المادة ١٦ من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية نصت على أن هذه المحاكم غير مختصة بالنظر فى المنازعات المتعلقة بمسائل الهبة ، ورأينا من جهة أخرى أن نصوص القانون قد تضمنت أحكاما كثيرة خاصة بالهبة ، ولم تذكر من بينها موضوع الرجوع ، وعرضنا فى كلامنا فى مرجع أحكام الهبة الى أن الرأى الذى نراه فى ذلك هو الرجوع الى قانون الأحوال الشخصية فيما لم ينص عليه القانون . وما دام القانون المصرى لم ينص على مسائل الرجوع فى الهبة ، فيطبق بالنسبة لها قانون الأحوال الشخصية . ولا تعارض بين أحكام الشريعة وما تنص عليه المادة ٤٨/٧٠ من انتقال ملكية الأموال الموهوبة من الواهب الى الموهوب له بموجب الايجاب والقبول ، فان ذلك لا يستتبع ضرورة القول بعدم جواز الرجوع فى الهبة ، اذ ليس ما يمنع قانونا من أن يتم العقد بايجاب وقبول الطرفين ، ويكون لأحدهما حق فسخه . ولم يضع الشارع المصرى نص المادة ٤٨ / ٧٠ الا لغرض ظاهر ، وهو مخالفة أحكام الشريعة الاسلامية فيما يتعلق بشرط القبض لتمام الهبة علاوة على الايجاب والقبول ، فلم يشترط هو القبض ، ومن جهة أخرى اشترط لتمام الهبة شرطا غير معروف فى الشريعة الاسلامية ، وهو رسمية عقد الهبة ما لم يكن موصوفا بصفة عقد آخر ، وقد أتى بهذا الشرط من القانون الفرنسى . ولا يوجد ما يدل على أن غرض الشارع من الأحكام التى أوردها فى المادة ٤٨/٧٠ هو عدم جواز الرجوع (١) .

بطلان الهبة

٦٨٢ — الهبة عقد ، فتبطل بالأسباب التى تبطل بها سائر العقود . وتبطل كذلك بالأسباب الخاصة بها . وهذه هى أهم الأسباب التى يترتب عليها بطلانها :

---

(١) وقد أخذ بهذا الرأى حكم الموسكى الجزئية ١٣ مايو ١٩١٩ المجموعة ٢١ رقم ٥٠ ص ٨٠ — بنى سويف استئناف ١٧ ديسمبر ١٩١٣ الشرائع ٣ رقم ٢٣ ص ١٠٥ .

(١) عدم توافر الرضا . وفى هـذه الحالة يكون البطلان كليا . وأما اذا كان الرضا موجودا ، ولـكنه فاسـد ، لوجود عيب من العيوب المفسدة له vices de consentement (الغلط ، التدليس ، الاكراه) ، فان البطلان يكون نسبيا .

كذلك يترتب على نقص أهلية المتعاقدين بطلان الهبة بطلانا نسبيا .

(٢) عدم توافر الشروط التى أوجبها القانون لتـكوين العقد ، كنية التبرع عند الواهب . ويكون البطلان كليا .

(٣) عدم توافر الشرط الخاص بالشكل ، وهو اشتراط العقد الرسمى ، سواء أكانت الهبة خاصة بعقار أم بمنقول ، واشتراط التسليم فى الهبات اليدوية (التى لا تحرر بعقد رسمى) . والبطلان هنا كلى كذلك .

(٤) اذا لم يكن للهبة سبب جائز . وتـكون الهبة باطلة بطلانا كليا .

(٥) وفقا للمادة ٥٠/٧٢ :

« تبطل الهبة بموت الواهب أو بفقد أهليته للتصرف قبل قبول الموهوب له » .

« Lorsque le donateur meurt ou devient incapable avant l'acceptation, la donation est nulle ».

ولـكن الهبة لا تبطل بموت الموهوب له ، أو نقص أهليته ، فقد رأينا أن المادة ٥١ / ٧٣ تنص على أنه يسوغ أن يحصل قبول الهبة من ورثة الموهوب له اذا كان قد توفى قبل القبول . وفى حالة الهبة لمن ليس أهلا للقبول يصح قبولها ممن يقوم مقامه .

بطلان الهبة والوقف اضرارا بالدائنين

٦٨٣ — **الهبة اضرارا بالدائنين** — نص القانون المختلط ، فى المادة ٧٤ ، على أنه :

« لا يجوز لأحد أن يهب شيأ اضرارا بمداينيه الموجودين وقت الهبة » .

« Nul ne peut faire donation au préjudice de ses créanciers actuels ».

ولم يأت القانون الأهلى بهذا النص ، ولـكن المادة ٧٤ مختلط ما هى الا تطبيق

لحكم المادة ١٤٣/٢٠٤ ، الواردة فى باب التعهدات المترتبة على توافق المتعاقدين ، والتى جاء فيها :

« للدائنين فى جميع الأحوال الحق فى ابطال الأفعال الصادرة من مدينيهم بقصد ضررهم ، وفى طلب ابطال ما حصل منهم من التبرعات وترك الحقوق اضرارا بهم » .

« Les créanciers pourront toujours faire annuler les actes faits en fraude de leurs droits, et les donations et renonciations consenties à leurs préjudice ».

ويشترط لبطلان التصرفات المذكورة الشروط الآتية :

(١) أن يسبب التصرف ضررا بالدائن ، بأن تكون أملاك المدين الباقية بعد التى تصرف فيها غير كافية لسداد الدين ، أى أن يترتب على التصرف اعسار المدين أو زيادة اعساره .

(٢) أن يكون تاريخ الدين الذى يطالب به الدائن سابقا على تاريخ العقد الذى تصرف به المدين فى أملاكه والمراد الطعن فيه .

(٣) أن يكون العقد المذكور قد عمل بقصد الاضرار بالدائن اذا كان بمقابل . أما اذا كان بدون مقابل فيكفى وجود الضرر .

٦٨٤ — **الوقف اضرارا بالدائنين** — نص القانونان الأهلى والمختلط فى باب الهبة (المادة ٥٣/٧٦) ، تطبيقا لحكم المادة ١٤٣/٢٠٤ المتقدمة ، على أنه :

« لا يجوز لأحد أن يوقف ماله اضرارا بمداينيه ، وان وقف كان الوقف لاغيا » .

« Nul ne peut constituer son bien à titre de *wakfs,* au préjudice de ses créanciers, à peine de nullité de la constitution ».

وقد ألحق القانون الوقف بالهبة من حيث البطلان ، لأن فى الوقف معنى الهبة ، بل ان القسم الخيرى منه والاستحقاقات التى تعطى لغير ورثة الواقف هبات صرفة .

ونص المادة ٧٦/٥٣ مطابق لأحكام الشريعة الغراء [١] .

ولتطبيق المادة ٧٦/٥٣ يجب توافر الشروط المذكورة فى النبذة السابقة .

الفصل الثالث

فى الميراث والوصية

Succession et Testament

٦٨٥ — يترتب على وفاة الانسان أن تنتقل حقوقه حتما الى غيره ، فينظر اذا كان المتوفى قبل وفاته قد بين من تؤول اليه أمواله كلها أو بعضها ، فتنفذ رغبته ، ويسمى هذا بالوصية ، واذا لم يظهر رغبته بالصفة المتقدمة فان أمواله تقسم بين المستحقين لها قانونا ، ويسمى هذا بالميراث [٢] .

وبعض الشرائع يترك الشخص حرا يتصرف فى أمواله بالوصية كما يشاء .

وبعضها يقيد هذه الحرية ، بأن يوجب ترك جزء معين من أمواله *pars legitima*, la réserve ، ليؤول الى من يستحقونه قانونا من أهل المتوفى . والجزء المقرر فى الشريعة الاسلامية هو الثلثان [٣] .

وبيان الأشخاص الذين يرثون المتوفى بعد وفاته يتعلق بنظام كل دولة بحسب قوانينها ، الا أن الأصل هو أن الميراث مبنى على علاقة القرابة والنسب .

وبوفاة الشخص تنتقل أمواله الى ورثته بصفتها مجموعا ، أى بصفة عامة à titre universel

وقد يكون الورثة واحدا أو أكثر .

---

(١) راجع المادة ٢٧ من قانون العدل والانصاف لقدرى باشا .

(٢) راجع ما تقدم نبذة ٣ .

(٣) والقانون الانجليزى لا يحتم على الشخص أن يبقى شيئا لأقاربه ، فله أن يتصرف كما يشاء ولمن يشاء فى كل أمواله .

٦٨٦ — **لا تركة الا بعد سداد الديون** — على حسب الشريعة الاسلامية لا تركة الا بعد سداد الديون ، فلا ينتقل الى الورثة من تركة المتوفى الا ما زاد على ديونه ، ولا يلزم الورثة بالديون من أموالهم الخاصة ، وعلى كل حال تنتقل التركة الى الورثة من وقت الوفاة ، ولكن لايلزمون بدفع شيء من الديون الا منها ، لا من أموالهم الخاصة .

٦٨٧ — **بعض الحقوق لا يورث** — لا تنتقل كل الحقوق بطريق الميراث ، اذ أن بعض الحقوق لا يورث ، بل يزول بمجرد وفاة صاحب هذه الحقوق ، وهذه الحقوق هى المرتبطة تمام الارتباط بشخص صاحبها ، مثل حق الانتفاع وحق الاستعمال الشخصى .

٦٨٨ — **انتقال التركة لبيت المال** — اذا توفى شخص ولم يترك وصية ، ولم يوجد له أقارب يرثونه ، تؤول التركة لبيت المال ، أي للدولة .

فى المواريث

Des Successions

٦٨٩ — **المواريث من مواد الأحوال الشخصية** — جاء فى المادة ٥٤ من المجموعة المدنية الأهلية : « يكون الحكم فى المواريث على حسب المقرر فى الأحوال الشخصية المختصة بالملة التابع لها المتوفى . أما حق الارث فى منفعة الأموال الموقوفة فتتبع فيه أحكام الشريعة المحلية » . وهذه المادة تقابل المادة ٧٧ مختلط . وقد استبدل فى المادة المختلطة بعبارة « الأحوال الشخصية المختصة بالملة » عبارة « قوانين الدولة » . كما أنه أضيف فيها عبارة « أو فى منفعة الأراضى الخراجية » بين كلمة « الموقوفة » وكلمة « فتتبع » .

والمقصود بالملة هو الديانة ، لا التبعية . وبعبارة أوضح يكون الحكم فى المواريث على حسب المقرر فى قانون الأحوال الشخصية للمتوفى ، كما يفهم ذلك من النص الفرنسى للمادة ٥٤ الذى اقتصر على عبارة «Statut personnel du défunt» . ولم يستثن القانون الا حالة حق الارث فى منفعة الأموال الموقوفة ،

فقرر أنه تتبع فيه أحكام الشريعة المحلية (أى أحكام الشريعة الاسلامية) . وزادت المادة ٧٧ المختلطة ، كما رأينا ، « أو فى منفعة الأراضى الخراجية » ، ولكن سبق القول بأن أراضى القطر المصرى أصبحت كلها مملوكة لأصحابها ، فلم تبق أراض تعتبر خراجية .

٦٩٠ — **المحاكم المختصة بنظر المواريث** — جاء فى المادة ١٦ من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية أنه ليس للمحاكم الأهلية « أن تنظر فى . . . مسائل الهبة والوصية والمواريث وغيرها مما يتعلق بالأحوال الشخصية ، ولا يجوز لها أيضا أن تؤول الأحكام التى تصدر فيها من الجهة المختصة بها » . وقصد واضع القانون من منع المحاكم من النظر فى مسائل المواريث هو فقط بالنظر لتقدير حصة كل وارث . فمجرد تقدير الحصة فى المواريث بمعرفة قاضى الأحوال الشخصية يجعل المحاكم الأهلية مختصة فيما عدا ذلك . ولذا يجب على كل من يطالب بحق ارث أمام المحاكم الأهلية أن يقدم لديها ما يثبت وراثته ونصيبه فى الوراثة شرعا — سواء أكان ما قدمه اعلام وراثة أم حكما شرعيا — والا كانت دعواه باطلة الشكل ، ووجب رفضها بالحالة التى هى عليها .

ونص القانون المدنى المختلط أيضا فى المادة ٤ منه على عدم اختصاص المحاكم المختلطة بالنظر فى مسائل المواريث والوصية ، لأنها من اختصاص محاكم الأحوال الشخصية .

الوصية

Testament

٦٩١ — **تعريفها** — الوصية تمليك مضاف الى ما بعد الموت بطريق التبرع ، سواء أكان الموصى به عينا ، كأن يوصى بهذه الدار أو بثلث ما لديه ، أم منفعة ، كأن يوصى بسكنى هذه الدار أو باستغلالها .

٦٩٢ — **اشتباه الوصية بالميراث** — يشبه التمليك بالوصية الامتلاك بالميراث فى أن كليهما مضاف الى ما بعد الوفاة ، فلا تقع أحكام الميراث وأحكام

الوصية الا على ما يتركه المتوفى بعد وفاته ، مورثا كان أو موصيا . وهناك فروق كثيرة بين الحقين :

(١) فبينما الوصية هي تصرف انشائى من الموصى حال حياته لمصلحة شخص أو جهة معينة فى كل أو بعض ما يملكه موقوف نفاذه الى ما بعد وفاته ، فان الميراث حق شرعى يثبت بالوفاة لمستحقيه شرعا ، ولا يتعلق هذا الحق الا بما يبقى مما تركه المورث بعد تصفية التركة من الحقوق المتعلقة بها (أى الديون والوصايا). ومن المقرر شرعا أنه لا يفتح باب الميراث الا بعد نفاذ الوصية وأدائها .

(٢) اختلاف الدين لا يمنع الوصية ، فى حين أن اختلاف الدين مانع من موانع الارث .

(٣) يدخل الميراث فى ملك الوارث ، سواء أقبل أم لا . أما الوصية فلا تدخل فى ملك الموصى له بلا قبول .

٦٩٣ — **الاشتباه بالهبة** — قد تشبه الوصية الهبة . ولكن يجب التفريق بينهما ، لاختلافهما فى الشروط والأحكام . ومن أهم الفروق بينهما أن الهبة تمليك فى الحال ، والوصية ليست كذلك .

٦٩٤ — **الاشتباه بالبيع** — قد تشتبه الوصية بالبيع ، فى الحالة التى يحتفظ فيها البائع بحق الانتفاع ، مدة حياته أو مدة معينة ، وتلك التى يشترط فيها على المشترى عدم التصرف فى المبيع أو الريع مدة معينة أو مدة حياة البائع . أما فيما يختص بالاحتفاظ بحق الانتفاع فلا يوجد قانونا ما يمنع من ذلك . وبالنسبة لاشتراطات عدم التصرف قد رأينا أن الرأى الذى استقر عليه الفقه والقضاء ، فى فرنسا وفى مصر ، هو وجوب التفريق بين اشتراطات عدم التصرف المؤبدة واشتراطات عدم التصرف المؤقتة ، فأما المؤبدة فهى باطلة ، وأما المؤقتة فهى صحيحة اذا توافرت فيها شروط معينة[١] . على أن هناك فروقا كثيرة بين البيع والوصية ،

---

(١) راجع كتابنا « الملكية والحقوق العينية » الجزء الأول نبذة ٢٨٥ — ٣٠٢ — راجع كذلك الأحكام العديدة المذكورة فى الجزء الثالث الخاصة باعتبار العقد بيعا أو وصية .

أهمها أن البيع يكون مقابل الثمن فى حين أن الوصية تكون بلا مقابل ، وأن البيع ينقل الملكية في الحال ، أما الوصية فيظل الموصى فيها متمتعا بحقوق الملكية مدة حياته ، ولا تنتقل الى الموصى له الا بعد وفاته ، وأن الوصية يجوز الرجوع فيها ، خلافا للبيع .

٦٩٥ — **ركن الوصية** — قد اختلف فى ركن الوصية . قال أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد هو الايجاب والقبول ، الايجاب من الموصى والقبول من الموصى له . فان لم يوجدا جميعا لا يتم الركن . وان شئت قلت ركن الوصية الايجاب من الموصى وعدم الرد من الموصى له ، وهو أن يقع اليأس عن رده . وقال زفر الركن هو الايجاب من الموصى فقط . وقال مالك قبول الموصى له شرط فى صحة الوصية . وروى عن الشافعى أن القبول ليس شرطا فى صحتها .

وان كان الموصى له غير معين ، كما اذا أوصى لنحو الفقراء والمساكين ، فلا يشترط القبول .

ولا يشترط فى الايجاب ألفاظ مخصوصة ، بل يصح بكل ما يدل عليه . فاذا قال شخص أوصيت لفلان بثلث مالى ، أو وهبته له بعد وفاتى ، أو ملكته له بعد وفاتى ، كان كل ذلك وصية . والقبول على ضربين ، صريح ودلالة . فالصريح أن يقول بعد موت الموصى قبلت . والدلالة أن يموت الموصى له قبل القبول والرد بعد موت الموصى ، فيكون موته بلا رد دليلا على قبوله للوصية ، ويكون ذلك ميراثا لورثته .

٦٩٦ — **موت الموصى له قبل القبول** — اذا مات الموصى له بعد موت الموصى قبل قبوله فانه يملكه بدون القبول كما تقدم . وهذا استحسان . والقياس أن تبطل الوصية .

وكذا اذا أوصى للجنين يدخل فى ملكه من غير قبول استحسانا ، لعدم من يلى عليه حتى يقبل عنه .

شروط الوصية

٦٩٧ — الموصى — اتفق الفقهاء على أنه كل مالك صحيح الملك .

والشرائط التي ترجع الى الموصى هي :

(١) أن يكون من أهل التبرع فى الوصية . فلا تصح من الصبى الذى لم يبلغ ، والمجنون ، لأنهما ليسا من أهل النبرع ، لكون الوصية من التصرفات المالية الضارة المحضة .

(٢) رضا الموصى .

(٣) ألا يكون على الموصى دين مستغرق لتركته ، الا أن يبرئه الغرماء . أما اذا كان الدين لا يستغرق التركة فيخرج من التركة أولا مقدار الدين ، لأن قضاءه مقدم على الوصية . ويكون الحكم بالنسبة للباقى الذى زاد على الدين كالحكم على الوصية فى حالة ما اذا كانت خالية من الدين .

ولا فرق فى صحة الوصية بين صدورها من الموصى حال صحته أو فى مرض موته .

ولا تتوقف صحة الوصية على ثبوت اصرار الموصى عليها قبل وفاته ، لأن هذا الاصرار ليس بشرط لازم لصحتها ، بل تبقى معتبرة صحيحة الى أن يثبت رجوع الموصى عنها ، اذ أنه بمقتضى أحكام الشريعة الاسلامية يجوز للموصى أن يرجع عما أوصى به سواء بصريح القول والعمل أو بمضمونهما .

٦٩٨ — الموصى له — الشرائط التى ترجع الى الموصى له هى :

(١) أن يكون موجودا وقت الوصية ، ولو تقديرا كالجنين .

(٢) أن يكون حيا وقت موت الموصى .

(٣) ألا يكون الموصى له وارث الموصى . ويعتبر كونه وارثا أو غير وارث وقت موت الموصى ، لا وقت الوصية ، لأنه تمليك مضاف الى ما بعد الموت ، فيعتبر وقت التمليك . وتصبح الوصية للوارث اذا أجازها الورثة الأخرون بعد موت الموصى . وان أجاز البعض دون البعض تجوز على المجيز بقدر حصته دون

غيره . ويشترط أن يكون المجيز من أهل التبرع ، بأن يكون بالغا عاقلا غير محجور عليه لسفه أو دين . ولا تعتبر الاجازة فى حياة الموصى ، لأنها قبل ثبوت الحق ، اذ الحق يثبت لهم بالموت .

(٤) ألا يكون الموصى له قاتل الموصى . وتجوز الوصية لأقارب القاتل . وتجوز للقاتل ان أجازتها الورثة فى قول أبى حنيفة ومحمد ، لأن الحق للورثة ، ولهم التصرف فى حقهم . وقال أبو يوسف الوصية للقاتل لا تجوز باجازة الورثة ، عقوبة له .

٦٩٩ — **الموصى به** — يشترط فى الموصى به أن يكون مالا أو منفعة . وتجوز الوصية بالثلث للأجنبى من غير اجازة الورثة عملا بالنص . ولا تجوز بما زاد على الثلث الا اذا أجازته الورثة بعد موت الموصى ، وهم من أهل التبرع . ولا عبرة باجازتهم فى حال حياته .

٧٠٠ — ولا يمنع اختلاف الدين صحة الوصية كما تقدم ، فتجوز من المسلم للذمى ، ومن الذمى للمسلم .

٧٠١ — **شكل الوصية** — لا يشترط لصحة الوصية ما يشترط لصحة عقد الهبة من حيث الشكل ، أى أنه لا يشترط أن تكون بمحرر رسمى ، كما هو الحال فى الهبة التى يجب أن تعمل بهذه الصفة الا ما استثنى كما تقدم [1] . أما الوصية فتتبع من حيث الشكل الذى تعمل به ، أى صيغتها ، أحكام الأحوال الشخصية التابع لها الموصى ، كما هو ظاهر من نص المادة ٧٨/٥٥ ، التى جاء فيها :

« وكذلك تراعى فى أهلية الموصى لعمل الوصية ، وفى صيغتها ، الأحكام المقررة لذلك فى الأحوال الشخصية المختصة بالملة التابع لها الموصى » .

«La capacité de tester et la forme du testament sont également réglées d'après le statut personnel du testateur».

ويلاحظ أنه جاء فى نص المادة ٧٨ المختلطة عبارة « فى قانون الدولة التابع

---

(١) راجع نبذة ٦٣٦ .

لها الموصى » d'après la loi de la nationalité du testateur ، بدلا من عبارة « فى الأحوال الشخصية المختصة بالملة التابع لها الموصى » الواردة فى المادة ٥٥ من المجموعة الأهلية .

وقد نصت المادة ٩٨ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الصادر بها المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ أنه « لا تسمع عند الانكار دعوى الوصية أو الايصاء أو الرجوع عنها أو العتق أو الاقرار بواحد منها وكذا الاقرار بالنسب أو الشهادة على الاقرار به بعد وفاة الموصى أو المعتق أو المورث فى الحوادث السابقة على سنة ألف وتسعمائة واحدى عشرة الأفرنكية الا اذا وجدت أوراق خالية من شبهة التصنع تدل على صحة الدعوى . وأما الحوادث الواقعة من سنة ألف وتسعمائة واحدى عشرة الافرنكية فلا تسمع فيها دعوى ما ذكر بعد وفاة الموصى أو المعتق أو المورث الا اذا وجدت أوراق رسمية أو مكتوبة جميعها بخط المتوفى وعليها امضاؤه كذلك تدل على ما ذكر » .

فبالنسبة للمسلمين يجب الرجوع الى أحكام الشريعة الاسلامية بشأن الصيغة التى يجب أن تكون عليها الوصية لأجل أن تكون صحيحة . والشريعة الغراء لم تشترط صيغة معينة وشكلا خاصا للوصية لأجل أن تكون صحيحة . والقيود الواردة فى المادة ٩٨ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية لم تذكر الا لأجل تمام التأكيد من صدور الوصية من الموصى ، وذلك فى حالة الانكار من الخصم .

حكم الوصية

٧٠٢ — ما دام الموصى حيا فالمال الموصى به يبقى فى ملكيته ، ويكون تصرفه الشرعى فيه صحيحا .

ولا يملك الموصى به الا بقبول الوصية ، صراحة أو دلالة ، كموت الموصى له بعد موت الموصى بلا قبول ولا رد . ولا يصح قبولها الا بعد موت الموصى .

فان قبل الموصى له بعد موت الموصى ثبت له ملك الموصى به ، سواء أقبضه

أم لم يقبضه . فان مات بعد موت الموصى قبل القبول أو الرد انتقل الموصى به الى ملك ورثة الموصى له .

٧٠٣ — **الرجوع عن الوصية** — الوصية عقد غير لازم فى حق الموصى ، حتى يملك الرجوع بالاجماع ما دام حيا ، لأن الموجود قبل موته مجرد ايجاب ، وانه جائز الرجوع فى عقد المعاوضة ، فهو بالتبرع أولى ، كما فى الهبة .

وقد نص فى المادة ٥٤٤ من كتاب الأحكام الشرعية فى الأحوال الشخصية على أنه « يجوز للموصى الرجوع فى الوصية بقول صريح أو فعل يزيل اسم الموصى به ، و يغير معظم صفاته ، أو يوجب فيه زيادة لا يمكن تسليمه الا بها ، أو تصرف من التصرفات التى تزيله عن ملكه ، وكذا اذا خلط بغيره بحيث لا يمكن تمييزه أو يمكن بعسر » .

٧٠٤ — **المحاكم المختصة بنظر الوصية** — قلنا ان المادة ١٦ من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية نصت على أن « ليس للمحاكم المذكورة أن تنظر فى مسائل الوصية والمواريث وغيرها مما يتعلق بالأحوال الشخصية ، ولا يجوز لها أيضا أن تؤول الأحكام التى تصدر فيها من الجهة المختصة بها » . فبمقتضى هذه المادة ليس للمحاكم الأهلية أن تنظر فى مسائل الوصية . والمحظور نظره على هذه المحاكم هو النزاع المختص بالوصية من حيث هى ، كالطعن فى الوصية بالبطلان ، فيما اذا كانت لوارث أو صادرة من شخص غير ذى صفة فى الايصاء ، أو فاقد الأهلية ، أو بكونها زائدة على الثلث الجائز فيه الايصاء ، أو لكون الموصى رجع عن الوصية قبل وفاته صراحة أو دلالة . أما المنازعة فى حقوق ناشئة عن وصية غير متنازع فى صحتها فتختص بنظرها المحاكم الأهلية ، كالمطالبة بتسليم ما جاء فى الوصية ، مثل ما اذا أوصى لشخص بربع ما يتركه الموصى من عقار ومنقول ، وادعى الموصى له أن تركة الموصى التى يستحق الربع فيها تساوى ألفا ، والورثة ينكرون عليه ذلك ، ويزعمون أنها لا تساوى الا خمسمائة ، أو ادعى الموصى له أنه أوصى له بمنفعة عين مدة حياته ، والورثة يدعون

أن الايصاء بالمنفعه مؤقت ، فهـذه المسائل جميعها من المسائل المدنية المحضة ، لا من مســائل الأحوال الشخصية ، وتختص المحاكم الأهليــة بنظرها ، ما دام الخصوم وطنيين .

وعلى المحاكم الأهلية ، متى طرحت أمامها دعوى تتعلق بوصية ، ورأت أن نظرها يستلزم الفصل أولا فى مسألة ليست من اختصاصها ، أن تقف النظر فى الدعوى المطروحة أمامها حتى تفصل الجهة ذات الاختصاص فى المسائل الخارجة عن اختصاصها .

وعليها أن تحكم من تلقاء نفسها بعدم اختصاصها فى مسائل الوصية التى تكون ممنوعة من النظر فيها بموجب المادة ١٦ من لائحة الترتيب ، ولو لم يطلب الخصوم ذلك ، لأنه من النظام العام ، وقد نص صراحة على ذلك فى قانون المرافعات ، فى المادة ١٤٨/١٣٤ ، التى تقرر أن الدفع بعدم الاختصاص يجوز ابداؤه فى أية حالة كانت عليها الدعوى ومن تلقاء نفس المحكمة متى كان مبنيا على ما جاء بالمادتين ١٥ و ١٦ من لائحة ترتيب المحاكم .

٧٠٥ — وليلاحظ ما نص عليه فى الفقرة الثانية من المادة ٥٥ المعدلة بالقانون رقم ٧٩ لسنة ١٩٣٣ (المادة ٧٨ مختلط) التى جاء فيها :

«أما الأحكام المتعلقة بفسخ الملكية فى الأموال الثابتة بسبب تجاوز النصاب الشرعى أو عدم ابقاء القـدر المفروض شرعا أو نحو ذلك فلا تضر بحقوق من انتقلت اليهم الملكية ولا بحقوق الدائنين المرتهنين الحسنى النية » .

« En matière immobilière, les dispositions relatives à la résolution des droits de propriété, à raison de légitime réserve, quotité disponible, etc., ne préjudicient pas aux tiers acquéreurs et créanciers hypothécaires de bonne foi ».

وحالات الفسخ المذكورة فى هذه المادة لم ترد على سبيل الحصر . فقاعدة عدم جواز الاحتجاج ضد الغير حسن النية يجوز تطبيقها على الحالات المماثلة .

الفصل الرابع

فى التملك بوضع اليد أو الاستيلاء

Appropriation ou occupation

٧٠٦ — **الاستيلاء** — جاء القانون بعبارة « وضع اليـد » فى عدة مواضع ، فتارة يقصد بها اليد الشرعيه التى تؤدى الى الملكية بمضى الزمن . وتارة يراد منها الحيازة العارضة . وتارة تطلق على قبض المنقول . وأستعملت هنا للدلالة على الاستيلاء على المال المباح . ولهذا فالأفضل ، بدلا من هذا التركيب المشترك ، استعمال لفظ « الاستيلاء » .

٧٠٧ — **شروط** — نصت المادة ٧٩/٥٦ على أن « الأموال التى ليس لها مالك تعتبر ملكا لأول واضع يد عليها » . و يشترط لتطبيق هذه المـادة توافر ثلاثة شروط :

(١) أن يكون هناك وضع يد .
(٢) أن تكون الأموال التى حصل عليها وضع اليد لا مالك لها .
(٣) أن يكون وضع اليد بنية التملك .
ويجب التفريق بين العقار والمنقول .

الاستيلاء على العقار

٧٠٨ — **الأراضى غير المزروعة** — قدمنا [١] أن المادة ٨/٢٣ و ٢٤ قررت أن « الأموال المباحة هى التى لا مالك لها ، و يجوز أن تكون ملكا لأول واضع يد عليها ، ولا يجوز وضع اليد على الأراضى التى من هذا القبيل الا باذن

(١) راجع نبذة ٨٢ .

الحكومة على حسب الشروط المقررة فى اللوائح المتعلقة بذلك » . فيرى من هذا النص أن الحكومة معتبرة قانونا أنها مالكة للأراضى التى لا مالك لها ، ولهذا لا بد لوضع اليد عليها من اذنها .

وقد جاء أيضا فى المادة ٥٧/٨٠ : « أما الأراضى الغير المزروعة المملوكة شرعا للميرى فلا يجوز وضع اليد عليها الا باذن الحكومة ، ويكون أخذها بصفة أبعادية تطبيقا للوائح[1] . — انما كل من زرع أرضا من الأراضى المذكورة أو بنى عليها أو غرس فيها غراسا يصير مالكا لتلك الأرض ملكا تاما devient plein propriétaire ، لكنه يسقط حقه فيها بعدم استعماله لها مدة خمس سنوات فى ظرف الخمس عشرة سنة التالية لأول وضع يده عليها » .

٧٠٩ — طرق امتلاك الأراضى غير المزروعة — يجوز امتلاك الأراضى غير المزروعة ، على حسب القانون المصرى ، بثلاثة طرق وهى :

(١) بوضع اليد . (٢) بالزرع أو الغرس أو البناء . (٣) بمضى المدة .

٧١٠ — (١) بوضع اليد — يجوز امتلاك الأراضى غير المزروعة بوضع اليد عليها ، ولكن فى هذه الحالة لا بد من اذن الحكومة ، وقد نصت المادة ٥٧/٨٠ على أن أخذها يكون بصفة ابعادية ، تطبيقا للوائح . وعلى ذلك يجب لتفسير هذه المادة الرجوع الى القوانين والأوامر الصادرة قبل القانون المدنى وبعده ، وعلى الخصوص الى الأمر العالى الصادر فى ٩ سبتمبر سنة ١٨٨٤ ، الذى جعل امتلاك الأراضى البائرة المملوكة للدولة موقوفا على اجراءات معينة .

وطريقة الامتلاك هذه ليست استيلاء بالمعنى الحقيقى ، لأن الاستيلاء الحقيقى يكون بالنسبة للأموال التى لا مالك لها ، أما الأموال التى نتكلم فيها هنا فمعتبرة أنها ملك الدولة ، ولذلك اشترط القانون زيادة على وضع اليد شروطا أخرى ذكرها فى المادة ٩ من الأمر العالى المتقدم ذكره ، والتى نصها : « يصير درج

---

(١) فى المادة ٨٠ مختلط يوجد لفظ « المحلية » بعد كلمة « للوائح » .

قطعة الأرض على حسب حالتها فى احدى الثلاث درجات المذكورة (اذ رتبها الأمر العالى فى ثلاث درجات) ، و يجرى تمليكها للطالب بمعرفة مندوب من المديرية ، وتعطى له حجة مشتملة على الشروط المعطاة تلك الأطيان بموجبها ، بعد تصديق مجلس النظار » .

ويؤخذ من هذه المادة أنه يجب لكى تعتبر الأرض مملوكة نهائيا الشروط الآتية :

ا — تسليم الأرض بمعرفة مندوب من المديرية .

ب — تصديق مجلس الوزراء .

جـ — تحرير حجة مشتملة على شروط الاعطاء .

وعند عدم توافر هذه الشروط يكون للحكومة أن تسحب التصريح فى أى وقت كان .

على أن شرط تحرير الحجة محل خلاف ، اذ رأى بعض الأحكام وجوب توافره ، ورأى بعض آخر أن تحرير الحجة ليس بشرط لازم لنقل الملكية ، بل انه بمثابة سند لها .

٧١١ — (٢) بالزرع أو الغرس أو البناء — اذا زرع شخص الأرض البور أو غرس فيها أو بنى عليها ، يصير مالكا لها ، انما يشترط لبقائه مالكا ألا ينقطع وضع يده مدة خمس سنوات فى ظرف الخمس عشرة سنة التالية لأول وضع يده عليها .

وقد اختلفت المحاكم فيما اذا كان وضع اليد باحدى الطرق المذكورة ، أى بالزرع أو الغرس أو البناء ، يحتاج الى اذن الحكومة كما فى الحالة الأولى . فرأى يقول بعدم الحاجة الى الاذن ، لأن الحالة الثانية فصلت عن الحالة الأولى بلفظ « انما Toutefois » ، وصريح عبارتها لا يفيد وجوب الحصول على الاذن ، ولأن الحكمة فى وضع الفقرة الثانية هى تشجيع الأهالى على استثمار الأراضى البور ، حتى تزيد بذلك الأراضى التى تدفع الضريبة ، وبالتالى ايراد الحكومة .

ورأى يقول بضرورة الحصول على الاذن فى الحالة الثانية ، ويستند الى أنه اذا لم يحصل على الاذن فى الحالتين تكون أموال الحكومة معرضة للاغتصاب ، وعلى أنه اذا كان شرط الاذن لازما لمجرد وضع اليد فى الحالة الأولى فمن باب أولى يكون لازما فى حالة وضع اليد على المغصوب بالزرع أو الغرس أو البناء . ويفضل شراح القانون المصرى الرأى الأول .

على أن المستولى على الأرض بهذه الطريقة لا يملكها الا اذا زرعها أو غرس فيها أو بنى عليها بالفعل . وقبل ذلك يكون للحكومة الحق فى أن تتعرض له وتمنعه من الامتلاك بهذه الطريقة ، أى من الزرع أو الغرس أو البناء ، لأنها رغم وضع اليد على الأراضى المذكورة لا تزال معتبرة مالكة . لكن اذا ما تم البناء أو الغراس فليس لها أن تعترض ، بل تفقد ملكيتها ، ويصبح واضع اليد مالكا ، لأن وضع اليد فى هذه الحالة ليس امتلاكا بمضى المدة يمكنها أن تقطع مدته ما دامت الخمس عشرة سنة لم تتم ، بل الذى يقطع المدة هو فقط عدم الاستعمال مدة خمس سنوات خلال الخمس عشرة سنة الأولى ، أى أن الملك هنا معلق على شرط فاسخ ، وهو عدم الاستعمال مدة خمس سنوات فى بحر الخمس عشرة سنة الأولى . واذا تحقق الشرط ، أى اذا انقطع وضع اليد مدة خمس سنوات ، فانه يجب اعتبار واضع اليد ، بالنسبة للغراس والمبانى ، التى يكون أحدثها ، كالبانى حسن النية ، لا كالبانى سيء النية ، لأنه انما بنى أو غرس بناء على حق خوله القانون من يريد الامتلاك بوضع اليد .

واذا ما حصل البناء أو الزرع أو الغرس فلواضع اليد حق التصرف كما يشاء فى ملكه الجديد ، فله أن يؤجره أو يرهنه أو يهبه أو يبيعه ، من غير أن يكون للحكومة الحق فى الاعتراض عليه ، ولكن كل هذه الأعمال خاضعة للشرط المتقدم ، وهو ألا ينقطع وضع يده مدة خمس سنوات خلال الخمس عشرة سنة الأولى .

٧١٢ — مدة الخمس السنوات — لم يذكر القانون ما اذا كانت مدة

الخمس السنوات المذكورة تحسب باعتبارها متوالية ، أو باعتبار مجموعها ان كانت متقطعة ، فقد يقال بأن القانون لم يشترط أن تكون متوالية ، بل قصد مجموعها ، ويساعد على هذا التأويل فكرة أن الغرض من الامتلاك بهذه الطريقة هو التشجيع على احياء الأراضى البائرة ، كما يصح أن يقال ان الشارع قصد أن تكون مدة عدم الاستعمال متتابعة ، لأن عدم الاستعمال لمدة طويلة يدل على نية الترك ، بخلاف عدم الاستعمال لمدة قصيرة .

٧١٣ — **مدة الخمس عشرة سنة ، علة تقريرها** — يصبح الزارع أو الغارس أو البانى مالكا للأرض كما قلنا بمجرد زراعتها أو الغرس فيها أو البناء عليها . ولكن بما أن الملكية من الحقوق المؤبدة التى لا يؤثر فيها الترك وعدم الاستعمال ، وبما أن الغرض من الامتلاك بهذه الطريقة هو كما تقدم احياء الأراضى البائرة ، فقد اضطر الشارع الى تحديد الوقت الذى يضيع فى خلاله عدم الاستعمال مدة خمس سنوات حق الملكية ، فقدره بخمس عشرة سنة من تاريخ وضع اليد .

ومدة الخمس عشرة سنة تحسب من وقت احداث الغراس أو الزرع أو البناء ، لا من وقت وضع اليد المجرد عن هذه الأعمال ، لأن وضع اليد المجرد لا ينقل الملكية الا اذا كان مصحوبا باذن الحكومة كما قدمنا .

ولم يشترط القانون فى المادة ٥٧/٨٠ أن يظل الغارس أو الزارع أو البانى واضعا يده طول المدة ، بل اشترط فقط ألا يترك استعمال حقه مدة خمس سنوات فى خلال الخمس عشرة سنة التالية لأول وضع يده عليها .

٧١٤ — (٣) **بمضى المدة** — الأراضى غير المزروعة معتبرة جزءا من أملاك الميرى الخاصة ، لا العامة ، اذ أنها ليست مخصصة لمنفعة عمومية بالفعل أو بمقتضى قانون أو أمر (مدنى ٩) ، فعلى ذلك يمكن امتلاكها بوضع اليد عليها المدة القانونية تطبيقا للقواعد العامة (٧٦/١٠٢) . ولا حاجة لاذن مجلس الوزراء

المنصوص عليه بالأمر العالى الصادر فى ٩ سبتمبر سنة ١٨٨٤ المتقدم ذكره [١] .

الاستيلاء على المنقول

٧١٥ — تكلمنا فى الاستيلاء على العقار ، وهو الذى نصت عليه المادة ٥٧/٨٠ ، وان كان فى الواقع لا يعتبر استيلاء بالمعنى الحقيقى ، اذ الاستيلاء المنصوص عليه فى المادة المذكورة عبارة عن امتلاك الأرض المبينة فيها اضرارا بالحكومة ، والاستيلاء بالمعنى الحقيقى يكون فى الأموال التى لا مالك لها ، ولا توجد الا حالة واحدة يمكن فيها تملك العقار بهذه الطريقة ، وهى حالة التخلى عن العقارات ، التى تطلق عليها عبارة « res derelictae » ، أى الأشياء المهملة ، وهى نادرة جدا بالنسبة للعقارات ، وكانت تحصل فيما مضى بالنسبة للأراضى عند ما كانت تقرر عليها أموال فادحة لا يسمح ايرادها بايفائها .

أما بالنسبة للمنقول فالأمثلة كثيرة ، فيمكن تطبيق الاستيلاء بمعناه الحقيقى على المنقولات المهملة ، وفى الغالب تكون هذه المنقولات عبارة عن أشياء تافهة ، كالملابس البالية والأدوات القديمة وفضلات الطعام ، كذلك يجوز امتلاك الكنوز ، وصيد البر والبحر ، بطريق الاستيلاء كما سنبينه .

أما الأشياء أو الحيوانات الضائعة فلا يجوز امتلاكها بالاستيلاء عليها ، بل ترد الى صاحبها كما سنشرحه فيما بعد .

٧١٦ — **صيد الطيور والأسماك** — صيد الطيور والأسماك غير المملوكة لأحد مباح ، ومن صاد شيئا منها ، يصير ملكه . وقد نص القانون المدنى ، فى المادة ٥٩/٨٣/٧١٥ ، على أنه « يتبع فى حقوق الصيد فى البر والبحر منطوق اللوائح المخصوصة بها [٢] » .

٧١٧ — **الكنوز** Les trésors — الكنوز أو اللقايا هى المال الذى

---

(١) قارن مع ذلك حكم محكمة الاستئناف الأهلية بدوائرها المجتمعة فى ٤ مايو ١٩٢٩ (المجموعة ٣٠ رقم ١٠٧ ص ٢٤٩) ، حيث جاء فيه أن قواعد القانون المدنى من حيث الامتلاك بمضى المدة ليس لها شأن بالأراضى المباحة ، وكل ما تنطبق عليه هو الملك .

(٢) راجع القوانين واللوائح المتعلقة بالصيد وبصيد الأسماك والاسفنج الخ .

لا يعرف له مالك ويكون مدفونا فى بطن الأرض أو فى المبانى . وقد عرفتها المادة ٧١٦ مدنى فرنسى بقولها : الكنز هو كل شىء مخبوء أو مدفون لا يقدر أحد أن يثبت ملكيته له ويعثر عليه بمحض الصدفة .

ولم يعرف القانون المصرى الكنوز ، ولكن نص عليها فى المادة ٨١/٥٨ و٨٢ ، حيث قال : « المال المدفون فى الأرض الذى لا يعلم له صاحب يكون لمالك تلك الأرض ، واذا لم يكن للأرض مالك كان المال المذكور لمن وجده ، وعلى كل حال يجب أن يدفع للحكومة الرسم المقرر فى لوائحها » . فبمقتضى هذه المادة اذا وجد الكنز فى أرض مملوكة فهو لصاحب الأرض ، وان عثر عليه غيره ، وليس للمكتشف شىء . وان وجد فى أرض عامة فللحكومة . واذا وجد فى أرض غير مملوكة فلمن وجده .

ويلاحظ أن المادة ٨١/٥٨ تنص على المال المدفون « فى الأرض » ، الا أنه لا يجب تفسير هذه العبارة تفسيرا ضيقا ، فيجب أن يشمل حكم المادة الأشياء التى لا تكون مدفونة فى الأرض ، بل تكون مخبوءة فى موضع خفى ، مثل حيطان المنزل أو جذع شجرة .

ويؤخذ من نص المادة أنها لا تنطبق الا على المال المدفون ، أى المخبوء بفعل الانسان . فالمعادن التى تكون جزءا من الأرض لا تعتبر كنوزا . وكذلك بالنسبة للمبانى والأعمدة والقبور التى توجد مدفونة ، فانها لا تعتبر كنوزا .

والمهم فى اعتبار المال كنزا ألا يعلم له صاحب . فاذا وجد شخص مالا مدفونا فى أرض ، وظهر فيما بعد مالك هذا المال ، فانه يجب على مكتشفه أن يسلمه اليه .

ومما تجب ملاحظته أن حكم المادة ٨١/٥٨ و ٨٢ مستمد من الشريعة الاسلامية ، لا من القانون الفرنسى (١) .

---

(١) فقد جاء فى مرشد الحيران المادة ١٤٨ : « اذا وجد فى أرض عشرية أو خراجية مملوكة لشخص معين معدن ذهب أو فضة أو حديد أو نحاس أو نحوه من الجوامد التى تنطبع بالنار فانه يكون ملكا لمالك الأرض وعليه الخمس للحكومة . وان وجدت فى أرض مملوكة =

أما القانون الفرنسى فيقسم المال المدفون بين مالك الأرض ومن وجد المال . فان كان الذى وجده هو المالك فانه يكون له (المادة ٧١٦) .

٧١٨ — **العاديات والآثار** — بمقتضى القانون رقم ١٤ الصادر فى ١٢ يونيه سنة ١٩١٢ كل أثر فى جميع أنحاء القطر المصرى يكون على سطح الأرض أو فى باطنها هو من أملاك الدولة العامة ، ما عدا ما استثنى بموجب أحكام هذا القانون (المادة الأولى) .

ويعد أثرا كل ما أظهرته وما أحدثته الفنون والعلوم والآداب والأخلاق والصنائع فى القطر المصرى على عهد الفراعنة وملوك اليونان والرومان للدولتين الغربية والشرقية والآثار القبطية (المادتان ٢ و ٣ من القانون المذكور) .

وبمقتضى هذا القانون لا يجوز لأى انسان عمل مجسات أو حفائر أو كسح أتربة للبحث عن آثار ، ولو كانت الأرض ملكه ، ما لم يكن فى يده رخصة بذلك (المادة ١٢) .

والآثار العقارية التى يعثر عليها فى ملك أحد الأفراد يسوغ للحكومة أن تنقلها متى شاءت ، أو أن تبقيها فى محلها وتنزع ملكية الأرض التى هى على سطحها أو فى باطنها ، وعند تقدير التعويض نظير نزع الملكية لا يلتفت الى أن فى الأرض آثارا ولا الى مقدار ما تساويه تلك الآثار ، وفقط يزاد الى التعويض الذى يقدر بهذه الصورة مقدار ١٠ فى المائة منه (المادة ٨) .

ويلزم كل مكتشف أثرا عقاريا وكل مالك أو مستأجر أو كل مستول على أرض يظهر فيها أثر عقارى أن يبلغ فى الحال عن ذلك (المادة ٩) . وقد سبق أن شرحنا هذا الموضوع [1] .

= لغير معين كأراضى الحكومة تكون كلها للحكومة » . وجاء فى المادة ١٤٩ : « من وجد فى أرض من الأراضى المباحة كالجبال والمفاوز كنزا مدفونا وعليه علامة أو نقش عملة الجاهلية فله أربعة أخماسه وخمسه للحكومة ، وان كان عليه نقش من النقوش الاسلامية فهو لمالك الأرض التى وجد فيها ان ادعى ملكه والا فهو لقطة » .

(١) نبذة ٢١٩ .

أما من يعثر على أثر منقول فى أرض ما من أراضى القطر المصرى أو فى باطنها فيلزمه (اذا لم يكن بيده رخصة صادرة بحسب الأصول بالحفر) أن يبلغ ذلك الى السلطة الادارية الأقرب اليه ، ويسلم الأثر المكتشف اليها أو الى رجال مصلحة الآثار بالايصال اللازم ، وذلك فى مدة ستة أيام (المادة ١٠) .

ومن يكتشف أثرا منقولا ، لا بطريق الحفر الغير الجائز ، و يعمل بما تقتضيه أحكام المادة ١٠ السابقة ، يعطى نصف الأشياء المكتشفة أو نصف قيمتها جزاء له . وعند تعذر الاتفاق بالطرق الحبية على كيفية القسمة تأخذ مصلحة الآثار الأشياء التى تريد حجزها ، أما الأشياء الأخرى فتقسمها الى قسمين متساويين ، يكون للمكتشف حق اختيار أحدهما ، وأما الأشياء التى تأخذها فكل من الطرفين يعين القيمة التى يقدرها لها ، فاذا لم يقبل المكتشف نصف القيمة التى تعينها المصلحة يكون لها الحق بأن تأخذ الأثر أو تتركه ، وذلك بأن تدفع أو تقبض نصف الثمن الذى قدره المكتشف (المادة ١١) .

وقد قضى القانون رقم ٨ الصادر فى ١٣ أبريل سنة ١٩١٨ ، الخاص بحماية آثار العصر العربى ، بتطبيق الأحكام المتقدمة (أى الأحكام المدونة فى المواد ٨ و ٩ و ١٠ و ١١ و ١٢ من القانون رقم ١٤ لسنة ١٩١٢) على آثار العصر العربى ، غير أن المصلحة المختصة بالنسبة لها هى لجنة حفظ الآثار العربية ، وهى تابعة لوزارة المعارف العمومية [1] ، أما بالنسبة للآثار القديمة فالمصلحة المختصة هى مصلحة الآثار ، وهى كذلك تابعة لوزارة المعارف العمومية [2] .

ويعد أثرا من آثار العصر العربى بمقتضى القانون رقم ٨ لسنة ١٩١٨ كل ثابت أو منقول يرجع عهده الى المدة المنحصرة بين فتح العرب لمصر وبين وفاة محمد على مما له قيمة فنية أو تاريخية أو أثرية باعتباره مظهرا من مظاهر الحضارة

---

(١) راجع المرسوم الصادر فى ٢٩ اكتوبر سنة ١٩٢٩ بفصل دار الآثار العربية من وزارة الأوقاف والحاقها بوزارة المعارف العمومية .

(٢) راجع المرسوم الصادر فى ٤ ابريل سنة ١٩٢٩ بالحاق مصلحة الآثار المصرية بوزارة المعارف العمومية (بعد أن كانت تابعة لوزارة الأشغال) .

الاسلامية أو الحضارات المختلفة التى قامت على سواحل البحر الأبيض المتوسط وكانت لها صلة تاريخية بمصر ، وكذلك ما له قيمة فنية أو تاريخية أو أثرية من الأديرة والكنائس القبطية المعمورة والتى تقام فيها الشعائر الدينية التى يرجع عهدها الى المدة المنحصرة بين أوائل الدين المسيحى و بين وفاة محمد على .

وقضى المرسوم بقانون رقم ١٤ لسنة ١٩٣١ بأن يلحق بأملاك الدولة العامة « المتحف القبطى » التابع لكنيسة العذراء بمصر القديمة للأقباط الأرثوذكس المعروفة « بالمعلقة » مع جميع الأشياء الموجودة حالا بالمتحف أو التى ستوجد به فى المستقبل ، وذلك دون المساس بما للكنائس من حق الوقف على المتحف والأشياء المذكورة . ولا يجوز التصرف بطريق الهبة أو البيع أو البدل أو بأى طريق آخر فى المتحف والأشياء المذكورة التى تظل دائما معرضا للجمهور . و يتبع المتحف وزارة المعارف العمومية .

٧١٩ — **الأشياء والحيوانات الضائعة** — يوجد أمر عال خاص برد الأشياء والحيوانات الضائعة ، صدر فى ١٨ مايو سنة ١٨٩٨ ، بعد عرضه على الجمعية العمومية بمحكمة الاستئناف المختلطة ، فهو سار على الأجانب أيضا . و بمقتضى هذا الأمر العالى كل من يعثر على شىء أو حيوان ضائع ، لم يتيسر له رده الى صاحبه فى الحال ، يجب عليه أن يسلمه أو أن يبلغ عنه الى أقرب نقطة للبوليس فى المدن أو الى العمد فى القرى[١] .

واذا لم يطلب المالك الشىء الضائع فى ظرف سنة ، أو الحيوان المفقود فى مدة عشرة أيام ، فيباع الشىء أو الحيوان بمعرفة الادارة بالمزاد العمومى .

---

(١) ويجب اجراء التسليم أو التبليغ فى ظرف ثلاثة أيام فى المدن ، وثمانية أيام فى القرى ، ومن لم يفعل ذلك يعاقب بدفع غرامة يجوز ابلاغها الى مائة قرش ، ويضيع حقه فى المكافأة المنصوص عليها فى الأمر العالى .

فاذا كان حبس الشىء أو الحيوان مصحوبا بنية امتلاكه بطريق الغش ، فتقام الدعوى الجنائية المقررة لمثل هذه الحالة ، ولا يبقى هنالك وجه للمحاكمة على المخالفة (المادة الأولى) .

واذا كان الشيء قابلا للتلف قبل مضى ميعـاد السنة يجوز بيعه فى ميعاد أقصر يحدده المحافظ أو المدير على حسب الأحوال (المادة ٢) .

ويكون لمن يسـلم الشيء أو الحيوان الضائع لمأمورى الحـكومة الحق فى مكافأة قدرها عشر القيمة ، وفى حالة استرداد المالك للشيء الضائع يكون ملزما بدفع قيمة المـكافأة بحسب تقدير الادارة (المادة ٣) .

وثمن الشيء أو الحيوان المبـاع يبقى محفوظا على ذمة المالك مدة ثلاث سنوات . وفى حالة الطلب يلزم تسليمه اليه بعد خصم مصاريف الحفظ والبيع وقيمة المـكافأة المدفوعة لمن عثر على الشيء أو الحيوان (المادة ٤) .

وبعـد مضى الثلاث السنوات من تاريخ البيع يضاف باقى الثمن لجانب الحـكومة (المادة ٥) .

فيؤخذ من الأحكام المتقدمة أنه لا تمنح المكافأة الى الذى يعرف صاحب الشيء الضـائع فيرده اليه فى الحال ، وهو الواجب الأول الذى ذكرته الفقرة الأولى من المادة الأولى .

وقد صدر قرار من الداخلية فى ٩ اكتوبر سنة ١٨٩٨ بكيفية تنفيذ الأمر العالى المتقدم ذكره الخاص بالأشياء والحيوانات الضائعة .

ويلاحظ أن الحيوانات الساربة أو الشاردة لا تعتبر ضائعة ، فاذا شردت عن محالها ، كالخيل والمواشى التى تهرب من اسطبلاتها أو حظائرها ، وأوقفها شخص ، فلا يكون له الحق فى المـكافأة التى ينص عليها الأمر العـالى المتقدم ذكره .

ومما تجب ملاحظته أنه لا يجوز أن تمتلك بطريق الاستيلاء الحيوانات التى تبعد كثيرا عن محالها التى توجد بها اذا كان من عادتها الرجوع ، مثل حمام الأبراج المنزليـة . كذلك سمك البرك أو الأحواض ، وحيوانات الصـيد التى تحبس فى مكان مسيج ، لا يجوز امتلاكها بالاستيلاء ، لأنها ملك صاحب البرك أو الأحواض أو المـكان المسور ، ومن يستولى عليها يرتـكب سرقة .

الفصل الخامس

فى اضافة الملحقات للملك أو الالتصاق

De l'accession

٧٢٠ — **ماهيته** — اضافة الملحقات للملك ، أو الالتصاق ، سبب من أسباب الامتلاك بمقتضاه يمتلك صاحب الشىء ما اتحد به اتحادا يتعذر معه فصله منه بغير تلف [١] .

والأصل أنه اذا اتحد شيئان فانه يكون لمالكيهما الحق فى طلب فصلهما . ولكن اذا كان هذا الفصل غير ممكن أو يترتب عليه تلف فان القانون يخول مالك الشىء الأصلى la chose principale أن يمتلك الكل ، ويعطى صاحب الشىء التابع الذى اتحد بالشىء الأصلى تعويضا ، على الأقل فى الأحوال التى لم يكن فيها سبب الالتصاق بقصد منه .

وحق الامتلاك بطريق الالتصاق لا يكون الا لمالك الشىء الأصلى ، فلا يكون لمن له حق عينى أو حق شخصى فقط على الشىء الأصلى .

٧٢١ — **أنواعه** — الالتصاق اما أن يكون طبيعيا أو صناعيا . وهو اما : (١) التصاق عقار بعقار ، كالطمى ، أو (٢) التصاق منقول بعقار ، كالبناء ، أو (٣) التصاق منقول بمنقول ، كاختلاط شعير بشعير .

الالتصاق الطبيعى

L'accession naturelle

٧٢٢ — الالتصاق الطبيعى هو ما يحدث بدون فعل الانسان ، بل بفعل الطبيعة تدريجيا . والزيادة التى تحدث اما أن تأتى من طمى الأنهار ، أو طمى

---

(١) راجع مدنى فرنسى المادة ٥٥١ التى تقول : كل ما يتحد أو يلتصق بالشىء يمتلكه المالك .

البحيرات ، أو طمى البحر ، وسنتكلم فى كل نوع منها فيما يلى .

٧٢٣ — طمى الأنهار Alluvions des fleuves — نصت المادة ٥٥٦/٨٤/٦٠ على أن :

« ما يحدث من طمى الأنهار على التدريج يكون ملكا لمالك الأرض التى على ساحل النهر » .

«Les alluvions apportées lentement par les fleuves appartiennent au propriétaire riverain».

ويشترط فى ذلك :

(١) أن تكون الزيادة الناتجة من الطمى ملتصقة بالأصل ، والا فلا تكون لمالك الأرض المذكورة ، كما لو كانت منفصلة بطريق عمومى ، كسكة زراعية ، أو اذا كان الماء لا يزال يجرى بين الزيادة وأرض المالك ، وفى هذه الحالة تكون الزيادة للدولة .

(٢) أن تكون الزيادة طبيعية ، أى حدثت بدون فعل انسان . فاذا وضع المالك فى النهر بجوار أرضه أخشابا أو أحجارا ، فحصل الطمى عليها ، والتصق بالعقار ، فلا يملك الزيادة ، بل يعتبر عمله تعديا على مجرى النهر المعتبر من الأملاك العامة للدولة ، أما اذا لم يقصد التعدى ، بل وضع أحجارا مثلا على رأس أرضه ليتقى بذلك ضرر المياه ، وكان هذا بترخيص من جهة الحكومة المختصة ، وترتب على ذلك حصول الزيادة ، فهى له .

(٣) يجب أن يكون حصول الزيادة على التدريج . فاذا حصلت فجأة ، أى دفعة واحدة ، سواء أكانت طبيعية أم بفعل انسان ، فانها تكون للدولة ، لا لمالك الأرض التى على ساحل النهر .

وقد تكون الزيادة مجاورة لأكثر من مالك واحد ، فى هذه الحالة تقسم بينهم . وطريقة التقسيم المتفق عليها ، عند معظم الشراح ، هى تصور خط عمودى يقام لجهة النهر ، من نهاية كل أرض ، ويعطى كل مالك الجزء الملحق بأرضه الواقع بين الخطين المقامين فى نهايتى أرضه .

٧٢٤ — طمى البحيرات Alluvions des lacs — نصت المادة ٦٢ فقرة ٥٥٨/٨٦/١ على أن « الطمى الذى يحدث فى البحيرات يكون ملكا لأصحابها » . والمقصود هنا هو الارتفاع الذى يحدث فى أرض البحيرة ، وهو ليس فى الواقع طميا ، بل هو عبارة عن الأراضى التى تنكشف عنها المياه relais . وقد جاء فى النص الفرنسى les alluvions des lacs restent aux propriétaires ، أى أن « الطمى الذى يحدث فى البحيرات يبقى ملكا لأصحابها » . على أن القانون المصرى لا يفرق بين الأراضى التى تتكون من الطمى alluvions والأراضى التى تنكشف عنها المياه relais [1] .

٧٢٥ — طمى البحر Alluvions de la mer — طمى البحر الملح ملك للحكومة ، لأنها مالكة لساحل البحر . وكذلك الأرض التى ينكشف عنها البحر . وقد جاء فى المادة ٦٢ فقرة ٥٥٨/٨٧/٢ :

« وأما الأراضى التى ينكشف عنها البحر الملح فتكون ملكا للميرى » [2] .	«Les alluvions de la mer appartiennnnt à l'Etat».

والحكم واحد ولو كان على ساحل البحر ملك للأفراد .

ونص فى المادة ٨٨/٦٣ على أنه « لا يجوز التعدى على أرض البحر الا لاعادة حدود الملك الى ما كانت عليه » .

٧٢٦ — حكم الالتصاق الطبيعى — بما أن الأراضى التى يستولى عليها المالك بطريق الالتصاق معتبرة تابعة للأرض التى تلتحق بها ، فيترتب على ذلك جملة نتائج :

(١) اذا كانت الأرض الأصلية مرهونة فيشمل الرهن الزيادة أيضا .

---

(١) قارن المادة ٥٥٧ فرنسى .

(٢) جاء فى النص الفرنسى «Les alluvions de la mer» ، ويقابلها فى النص العربى « الأراضى التى ينكشف عنها البحر » ، مع أن لفظ «alluvions» ، يقابل فى المادتين ٦٠ و٦٢ فقرة ١ ، بالنسبة للأنهار والبحيرات ، لفظ « طمى » .

(٢) اذا كانت الأرض الأصلية فى يد شخص ، وتم له الملك بمضى المدة ، وكانت الزيادة التى التصقت بهذه الأرض حصلت فى أثناء وضع يده ، فان الزيادة تكون له فى نفس الوقت الذى تم له فيه ملكية الأرض الأصلية ، ولو كانت الزيادة حصلت فى أواخر المدة ، أى ولو كانت المدة التى مضت على الزيادة لا تكفى لاكتسابها بالتقادم مستقلة عن الأرض .

(٣) اذا بيعت الأرض تحت شرط واقف ، و بعد البيع وقبل تحقق الشرط حصلت الزيادة ، فالزيادة للمشترى ، وليس للبائع أن يطلب منه زيادة الثمن .

كذلك اذا كان البيع وفائيا ، أو مقترنا بشرط فاسخ ، وتحقق الشرط ، أى انفسخ البيع ، وكانت حصلت الزيادة بعد البيع ، فان الأرض تعود الى البائع بالزيادة التى التصقت بها ، وليس للمشترى أن يطلب منه أى مقابل ، ولو أن الزيادة لم تكن موجودة وقت البيع .

أما اذا كانت الزيادة موجودة وقت البيع ولم تذكر فى العقد فلا تلتحق بالأرض المبيعة اذا كان ذلك قصد العاقدين .

(٤) اذا كان مقررا على الأرض الأصلية حق ارتفاق لمنفعة عقار آخر ، وزادت تلك الأرض بالالتصاق ، فان حق الارتفاق يمتد الى الزيادة ، كما اذا كان حق الارتفاق عبارة عن حق مرور الى النهر .

وكذلك اذا كان لأحد حق انتفاع على الأرض الأصلية فانه يمتد الى الزيادة التى تلتصق بها . وقد نص القانون الفرنسى صراحة على هذه الحالة (المادة ٥٩٦).

(٥) اذا كانت الأرض مؤجرة وحصلت الزيادة ، فقد اختلف الشراح فيما اذا كان حق المستأجر يمتد الى الزيادة . والرأى المفضل هو أن حق المستأجر يمتد اليها ، بشرط أن يعوض المالك بنسبتها .

٧٢٧ — طرح البحر ، أو تحويل الأرض Avulsion وتكوين الجزر Iles et îlots — يترتب على قوة جريان النيل فى كثير من الأحيان أن يأكل الماء قسما من الأراضى ويزيد فى أراض أخرى ، وهذا ما يسمى بالتحويل ،

وان كان ليس من المحقق أن ما ينقص من جهة هو الذى يزيد فى الجهة الأخرى .

والمقصود من الجزر هنا الجزر التى تتكون فى مجرى النهر ، بسبب تحويل الأرض ونحو ذلك ، لا الأرض التى تصبح جزرا بسبب احاطتها بالمياه بانقسام المجرى الى فرعين واجتماعهما بعد ذلك ، فان الأراضى التى تكون الجزيرة فى هذه الحالة تبقى ملكا لأصحاب الأرض ، الذين يفقدون فقط جزء الأرض الذى يصير مجرى للنهر .

وليلاحظ الفرق بين الطمى والطرح ، فالطرح هو الأراضى التى ينتزعها النهر وينقلها من جهة الى جهة أخرى أو يكون منها جزائر . أما الطمى فهو ، كما تقدم ، الزيادة التى تحدث من الطين الذى يضاف تدريجيا الى الأرض الموجودة على الشاطىء .

وقد جاء فى المادة ٨٥/٦١ :

« أما الأراضى التى يحولها النهر بقوة جريانه والجزائر التى تتكون فيه ، فيتبع فيها منطوق اللائحة الصادرة فى سنة ١٢٧٤ » .

« Les attributions des terrains déplacés par le fleuve, et des îles formées dans son lit, sont réglées conformément au décret de 1274 ».

واللائحة التى تحيل عليها هذه المادة هى اللائحة السعيدية الصادرة فى ٢٤ ذى الحجة سنة ١٢٧٤ (٥ أغسطس سنة ١٨٥٨) . وقد ذكر فيها فى البندين ١٢ و ١٤ الأحكام التى تنص المادة ٨٥/٦١ على اتباعها . ولكن هذه الأحكام قد استبدل بها نصوص القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٣٢ ، الخاص بطرح البحر وأكله ، لما لوحظ من أن القيود الواردة بلائحة سنة ١٢٧٤ لا تلائم الحالة الحاضرة ، وللصعوبات الجمة التى لاقتها وزارة المالية فى سبيل تطبيقها .

٧٢٨ — طرح البحر ملك الدولة — نص فى المادة ٢ من القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٣٢ على أن كل طرح بحر يكون من أملاك الدولة وفقا للشروط المبينة بأحكام هذا القانون .

٧٢٩ — توزيع طرح البحر — كانت المحاكم قبل صدور القانون مختلفة بشأن الجهة المختصة بتوزيع طرح البحر، فكان معظمها يقرر أن جهة الادارة هى التى تقوم بالتوزيع، لأن ذلك هو المستفاد من مجموع نصوص لائحة سنة ١٢٧٤ التى تحيل عليها المادة ٦١، وكان من رأى بعضها أن المحاكم هى المختصة باجراء التوزيع. فنص القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٣٢ على أن جهة الادارة — لا المحاكم — هى المختصة بتوزيع طرح البحر، فقد قررت المادة ١٠ أن الطرح يوزع بقرار من وزير المالية، ويكون ذلك التوزيع نهائيا لا تجوز المعارضة فيه، ويكون القرار سندا للمالك، وله قوة العقد الرسمى، ويؤشر به فى تكليف كل من أرباب الأملاك أصحاب الشأن.

ويلاحظ أن نص القانون على أن كل طرح ملك للدولة ليس من شأنه أن يمنع الأفراد من الرجوع الى المحاكم للمطالبة بالتعويض عند مخالفة القانون، وانما الغرض منه، ومن تقرير أن قرار وزير المالية فى الحصر والتوزيع نهائى لا يمكن الطعن عليه، هو بيان أن هذه العمليات من أعمال السلطة الادارية التى لا يجوز للمحاكم نقضها أو تعديلها أو تأويلها أو وقف تنفيذها، وفقا للمادة ١٥ من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية (٧ مدنى مختلط).

٧٣٠ — توزيع طرح البحر — يحصر وزير المالية كل عام، بعد عمل المساحة، مقدار طرح البحر وأكله، ويعين تاريخ حدوث كل منهما (المادة ٣)[١].

ويوزع طرح البحر على من أكل البحر من أراضيهم بالشروط الآتية.

٧٣١ — متى يوزع الطرح ؟ — تنص المادة ٧ على أنه : « لا يجوز توزيع طرح البحر الا اذا بلغ خمس الأكل اللازم تعويضه، واستمر سنتين متتاليتين. ومع ذلك يجوز توزيع الطرح قبل مضى السنتين اذا رأت وزارة المالية أنه أصبح ثابتا ». فلا يوزع الطرح الا اذا توافرت الشروط الآتية : (١) أن

---

(١) وينشر اعلان فى الجريدة الرسمية عن تاريخ البدء فى عملية المساحة ويلصق اعلان بذلك فى كل قرية بواسطة العمدة قبل بدء العمل بخمسة عشر يوما على الأقل (المادة ٣).

يكون الطرح مستقرا به ، وذلك بأن يكون استمر سنتين متتاليتين . و يجوز استثناء توزيع الطرح قبل السنتين اذا رأت وزارة المالية أنه أصبح ثابتا . (٢) أن يبلغ الطرح على الأقل خمس الأكل المراد تعويضه . (٣) أن يكون الطرح قد تكون منذ أكثر من خمس سنوات كما تقدم .

٧٣٢ – *كيفية توزيع طرح البحر* – « يوزع كل طرح بحر يظهر فى زمام بلد أو مدينة على أصحاب أكل البحر فى هذا الزمام بنسبة ما فقدوه . فان لم يوجد أكل بحر فى زمام البلد أو المدينة ، أو زادت مساحة الطرح على مساحة الأكل ، يوزع الطرح أو الزائد منه ، بحسب الحالة ، على أصحاب أكل البحر فى البلدين المجاورين ، وتكون الأولوية للملاك فى البلد الواقع جهة ورود مياه النيل » (المادة ٥) [١] .

ويعوض أكل البحر من الطرح الحادث معه أو بعده أو من الطرح السابق عليه ، بشرط ألا يكون قد مضى على تكوين الطرح أكثر من خمس سنوات (المادة ٨) . وقد أزال القانون بذلك قيد اللائحة السعيدية الذى كان يقضى بعدم امكان التوزيع الا اذا كان ظهور الطرح سابقا على حدوث أكل البحر .

ويلاحظ ما نص عليه فى المادة ٩ التى جاء فيها : « خلافا للأحكام السابقة يخصص طرح البحر الذى يظهر فى موقع أرض سبق أن أكلها البحر لتعويض صاحب هذه الأرض بقدر ما فقده » . وذلك لأنه قد يحدث أن الطرح ينشأ متصلا بأرض مالك أكل البحر جزءا من أطيانه ، فليس من العدالة أن يوزع المقدار الذى اتصل بأرض ذلك المالك عليه وعلى غيره من أهل البلد بنسبة ما فقده كل منهم قبل أن يستوفى هو أولا كامل حقه فى الطرح . ولذلك يبدأ

---

(١) وفيما يتعلق بتطبيق القانون يشمل زمام البلد أو المدينة المساحة الواقعة بين الجسر ومحور النهر المبين بخرائط مصلحة المساحة وبين خطين عموديين يبدآن من نهاية حدى الزمام من جهة الجسر وينتهيان الى محور النهر (المادة ٦) .

أولا باعطاء الطرح الذى ظهر فى موقع أرض سبق أن أكلها البحر لصاحب هذا الأكل بدلا منـه ، وما يزيد على ذلك هو الذى يوزع على أرباب أكل البحر بالبلد أو المدينة بنسبة المقيد باسم كل منهم .

٧٣٣ — **أحوال لا يوزع فيها الطرح** — (١) الطرح المتصل بالمراسى والموارد : لوزير المالية أن يصدر قرارا بتخصيص طرح البحر المتصل بمراسى المعادى المقررة ، أو بمواقع الموارد ، لمنفعة هذه المراسى أو الموارد (المادة ٤) . وذلك لأن رأس المعادى والموارد فى الأصل لا يجوز انشاؤه الا فى المواقع التى تعتبر ملكا عاما ، وعليه لا يمكن توزيع طرح البحر الذى يحدث متصلا بتلك المواقع ، لأنه اذا جاز توزيعه ترتب على ذلك عدم امكان الانتفاع بتلك المراسى والموارد ، لأن من أول شروطها اتصالها مباشرة بالبحر . واذا أبطل المرسى أو المورد اعتبر هذا الطرح كالطرح الحادث (المادة ٤) .

(٢) طرح البحر الذى يظهر فى دائرة مقررة فيها عوائد على المبانى : فانه يبقى من أملاك الدولة (المادة ٥) ، وذلك لأن طرح البحر الذى يظهر فى زمام بلد أو مدينة مقررة فيها عوائد على المبانى له قيمة لا تتناسب مع ما أكله البحر من أرض زراعية فى موقع لا يتشابه مع الموقع الذى ظهر فيه الطرح ، وانه لذلك يجب على صاحب الأكل أن ينتظر حتى يحدث طرح فى النقطة التى يملك فيها ، وعندها يمكن تعويضه .

٧٣٤ — **بيع الطرح** — اذا لم يوزع الطرح خلال خمس سنوات من تاريخ ظهوره ، لعدم وجود أكل يلزم تعويضه ، فلوزارة المالية ، بعد الاتفاق على ذلك مع وزارة الأشغال العمومية ، أن تعرضه للبيع ، وفقا لشروط بيع الأملاك الخاصة للدولة ، وتكون الأولوية فيه على التوالى لملاك الأراضى المتصلة به ، فللملاك فى البلد أو المدينة التى ظهر الطرح بزمامها ، فللملاك فى البلدين المجاورين . ويسقط هذا الحق اذا لم يستعمل فى ميعاد لا يتجاوز ثلاثة شهور من تاريخ نشر وزارة المالية اعلانا فى الجريدة الرسميـة بعرض الطرح للبيع ، على أن تلصق

صورة منه فى كل قرية بواسطة العمدة فى الأسبوع التالى لنشره بالجريدة الرسمية (المادة ١١) .

٧٣٥ — الطرح السابق على القانون — نصت المادة ١٢ على أن طرح البحر الذى لم يوزع حتى العمل بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٣٢ ، وتكون الحكومة واضعة اليد عليه ، يوزع وفقا لأحكام هذا القانون ، ولو كان قد مضى على ظهوره قبل الأكل أكثر من خمس سنوات . وسبب عدم تعويض من أكل البحر من تكليفهم من هذا الطرح هو القيود الواردة بالبندين ١٢ و ١٤ من اللائحة السعيدية ، وأهمها : (١) شرط اتصال طرح البحر بأطيان البلد ، (٢) شرط أسبقية ظهور الطرح على حدوث أكل البحر .

الالتصاق الصناعى

Accession artificielle ou industrielle

٧٣٦ — يقع الالتصاق الصناعى ، وهو الذى يحصل بفعل الانسان ، بالنسبة للمبانى والغراس ونحوها من الأعمال ، فى الأحوال الآتية :

(١) أن يبنى الانسان أو يغرس فى أرض مملوكة له ، بمهمات وأدوات مملوكة للغير .

(٢) أن يبنى أو يغرس فى أرض مملوكة للغير ، بمهمات وأدوات مملوكة له .

(٣) أن يبنى أو يغرس فى أرض مملوكة للغير ، بمهمات وأدوات مملوكة للغير .

وفى كل هذه الأحوال تعتبر الأرض الشىء الأصلى ، والمهمات والأدوات تابعة لها ، فيكون البناء أو الغراس لمالك الأرض superficies solo cedit ، حتى لو كانت قيمة الأرض أقل من قيمة البناء أو الغراس .

الحالة الأولى

البناء أو الغراس فى أرض المالك بمهمات وأدوات الغير

٧٣٧ — الأصل أن البناء أو الغراس الذى يوجد على أرض المالك يعتبر

مملوكا له superficies solo cedit أو accessorium cedit principali ، وأنه أحدثه بمصاريف من عنده ، وليس عليه أن يثبت شيئا بهذا الخصوص [١] .

ولكن اذا ثبت أن البناء أو الغراس أنشىء بمهمات وأدوات الغير [٢] ، ففى هذه الحالة يكون البناء أو الغراس للمالك بالالتصاق ، وعليه دفع تعويض للغير نظير الأدوات والمهمات ، اذ لا يجوز لأحد أن يثرى من غير سبب على حساب غيره . ولكن يجب التفريق بين ما اذا كان البانى حسن النية أو سيئها . فاذا كان حسن النية ، أى يعتقد أن الأدوات والمهمات ملكه ، يكون التعويض مساويا لثمن الأدوات والمهمات فقط . أما اذا كان سيىء النية ، أى يعرف أنها ملك الغير ، فيجوز الحكم عليه أيضا بتعويض زيادة على الثمن ، كما اذا استعمل البانى سيىء النية أدوات كان أحضرها غيره ليستعملها فى ترميمات عاجلة فى أحد أملاكه .

وقد نص على هذه الحالة فى المادة ٦٤ أهلى ، اذ جاء فيها « اذا جدد مالك الأرض أبنية أو غراسا أو غير ذلك من الأعمال بمهمات وأدوات كانت ملكا لغيره وجب عليه دفع قيمة المهمات والأدوات المذكورة لمالكها ، ويجوز الحكم عليه أيضا بدفع تعويضات اذا فعل ذلك بطريق الغش والتدليس [٣] ، ولا يسوغ لمالك المهمات أن ينتزعها من محل وضعها » .

فيرى مما تقدم أنه ولو أن البانى سيىء النية فان المبانى تكون له ، وليس لصاحب الأدوات أو المهمات أن يلزمه بانتزاعها أو قلعها ليستردها .

وحكم المادة ٦٤ المتقدمة مطابق لحكم المادة ٥٥٤ مدنى فرنسى .

وشرط الالتصاق أن تتحد الأدوات أو المهمات بالأرض ، أى أن تصبح

---

(١) راجع المادة ٥٥٣ مدنى فرنسى .

(٢) وتقضى المحاكم الفرنسية بأنة يجوز اثبات ذلك بكل أوجه الثبوت .

(٣) يقابل عبارة « اذا فعل ذلك بطريق الغش والتدليس » فى النص الفرنسى : « en cas de mauvaise foi » ، وترجمتها « فى حالة سوء النية » .

مالا ثابتا بطبيعته . فلا يكفى مجرد تخصيصها لخدمة العقار اذا لم تلتصق به [١] .

ومن المتفق عليه أنه لا يجوز للبانى أن يتخلص من التزامه المالى برد الأدوات أو المهمات اذا لم يرض صاحبها بذلك .

وجرى البحث فيما اذا كان لمالك الأدوات والمهمات الحق فى استرداد أدواته اذا هدم البناء قبل أن يدفع اليه التعويض . والرأى الواجب اتباعه هو أنه لا يكون له هذا الحق ، سواء أحصل الهدم بفعل مالك الأرض ، أم بحادث جبرى ، وذلك لأن الالتصاق سبب من أسباب الملكية يملك به صاحب الأرض البناء ، فبحصول الالتصاق تزول ملكية صاحب المهمات أو الأدوات .

ولم يذكر القانون المختلط شيئا عن حالة البناء أو الغراس فى أرض المالك بأدوات ومهمات الغير ، ولكن القاعدة المذكورة فى القانون الأهلى ، والمطابقة للقانون الفرنسى ، لا تخالف مبادىء القانون الطبيعى وقواعد العدالة ، ولذلك يكون للمحاكم المختلطة ، بمقتضى المادة ٣٤ من لائحة ترتيبها ، الحق فى أن تحكم بمقتضى هذه القاعدة .

الحالة الثانية

البناء أو الغراس فى أرض الغير بأدوات أو مهمات مملوكة للبانى

٧٣٨ — فى هذه الحالة ، وهى أكثر وقوعا من الحالة السابقة ، لا حق للبانى فى البناء ، بل يكون البناء لصاحب الأرض . ولكن يجب التفريق بين ما اذا كان البانى حسن النية أو سىء النية .

٧٣٩ — **البانى سىء النية** — اذا كان البانى سىء النية ، أى ليس له

---

(١) وفى هذه الحالة الأخيرة يجوز لمالك هذه الأدوات أو المهمات أن يستردها فى ظرف ١٥ سنة من الحائز سىء النية ، واذا كانت مسروقة أو ضائعة فانه يجوز له أن يستردها فى ظرف ثلاث سنين من يوم السرقة أو الضياع من الحائز لها حسن النية .

سبب معقول للاعتقاد بأن الأرض التى بنى عليها ملكه [١] ، فقد نصت على ذلك المادة ٦٥ مدنى أهلى فى أولها بقولها « فاذا حصل الغراس أو البناء أو غير ذلك من الأعمال من شخص بمهمات وأدوات نفسه فى ملك غيره فالمالك مخير بين ابقاء هذه الأشياء بأرضه و بين الزام فاعلها بنزعها ، ففى حالة ما اذا اختار صاحب الأرض نزع هذه الأشياء تكون مصاريف انتزاعها أو هدمها على فاعلها بدون اعطائه تعويضا ما ، ويجوز زيادة على ذلك أن يحكم على الفاعل المذكور بتعويض الخسارة التى تنشأ عن فعله لصاحب الأرض ، وأما اذا اختار صاحب الأرض ابقاء تلك الأشياء فيكون مخيرا بين دفع قيمة الغراس أو البناء مستحق القلع en état de démolition [٢] و بين دفع مبلغ مساو لما زاد فى قيمة الأرض la plus value بسبب ما حدث بها » .

و يلاحظ أنه اذا اختار صاحب الأرض نزع الأدوات فيلزم البانى بذلك ، حتى ولو ترتب على نزعها عدم الانتفاع بها . واذا اختار ابقاء البناء ، ولم يدفع التعويض ، فمن رأى بعض الشراح أن للبانى أن يزيل البناء و يأخذ الانقاض ، و يرى بعض آخر أن له الحق فقط فى حجز العقار و بيعه .

وقاعدة القانون المصرى المتقدمة ، الواردة فى العبارة الأولى من المادة ٦٥ ، موافقة لحكم القانون الفرنسى ، غير أن هذا الأخير نص فى المادة ٥٥٥ فقرة ثالثة على أنه اذا اختار صاحب الأرض ابقاء الأشياء فيجب عليه أن يدفع قيمة الأدوات وأجرة العملة من غير مراعاة الزيادة التى حصلت فى قيمة الأرض بسبب ما حدث لها . وقد انتقد الشراح فى فرنسا حكم القانون الفرنسى . وحكم القانون

---

(١) فيعتبر سىء النية من كان بيده سند لا يجهل عيوبه ، بل يعرف أنه باطل ، كما اذا اشترى من شخص يعلم أنه غير مالك ، والغاصب الذى لم يكن بيده سند . والمكلف باثبات سوء نية البانى هو مالك العقار الذى ليس له أن يطلب ازالة البناء ما لم يثبت سوء نية البانى . ولا يعتبر البانى سىء النية لمجرد كونه وارثا لمستأجر العقار (استئناف ١٧ فبراير سنة ١٩١٤ المجموعة ١٥ رقم ٨١ ص ١٥٩) .

(٢) وقيمة البناء مستحق القلع هى قيمته مقلوعا ناقصة أجرة القلع .

المصرى أفضل . وجاء فى المادة ٩٠ من القانون المختلط أنه اذا بنى شخص أو غرس فى أرض بدون اذن من مالكها « تعتبر الأرض عارية ويكون للمالك الخيار بين طلب هدم البناء وازالة الغراس وبين ابقائها له مع دفع قيمة المهمات والأدوات وأجرة العملة » .

واذا أزال البانى الأعمال التى أنشأها ، قبل أن يظهر صاحب الأرض رغبته فى ابقائها ، فانه لا يكون للأخير سوى الحق فى طلب تعويض الضرر الذى يصيبه من جراء ذلك بحسب الأحوال ، مع مراعاة ما اذا كان واضع اليد حسن النية أو سيئها . ولكن اذا أظهر صاحب الأرض رغبته فى ابقائها فليس للبانى أن يهدمها ، والا اعتبر معتديا على ملك الغير .

٧٤٠ — **البانى حسن النية** — اذا كان البانى حسن النية ، أى كان يعتقد أن الأرض التى بنى عليها ملكه ، وكانت تحت يده ، فقد جاء فى المادة ٦٥ ، فى العبارة الأخيرة منها : « انما اذا كان البناء أو الغراس حصل من شخص فى أرض تحت يده على زعم أنها ملكه ، ثم رفعت يده عنها بحكم تقرر فيه عدم وقوع غش منه فى وضع يده عليها [١] ، فليس لمالك الأرض أن يطلب ازالة شىء مما ذكر ، بل يكون مخيرا بين دفع قيمة المهمات والأدوات وأجرة العملة وبين دفع ما زاد فى قيمة الأرض بسبب ما حدث بها » [٢] .

وفى الغالب تكون الزيادة فى القيمة أقل من المصاريف ، فيختار صاحب الأرض دفع الزيادة فى القيمة . مثاله أن تكون قيمة المهمات والأدوات وأجرة

---

(١) فى النص الفرنسى يقابل عبارة « تقرر فيه عدم وقوع غش منه فى وضع يده عليها » : « déclarant qu'il était de bonne foi » ، وترجمتها : « تقرر فيه أنه حسن النية » .

(٢) وقد حكم بأنه اذا بنى شخص فى أرض موقوفة ، وكان يعتقد أن الأرض قد آلت اليه بطريق وضع اليد فيعتبر البناء حاصلا بدون وقوع غش بالمعنى الوارد بالمادة ٦٥ (استئناف أهلى ٢١ يناير ١٩١٣ المجموعة ١٤ رقم ٤٤ ص ٨٤) — وبأن البانى يعتبر حسن النية اذا بنى فى أرض موقوفة يعتقد أن حكرها انتقل اليه بعقد صحيح من المحتكر الأصلى (استئناف ٦ يناير ١٩٠٨ الاستقلال ٦ ص ٢٣٣) .

العملة ١٠٠٠ جنيه مثلا ، ولكن الزيادة فى قيمة الأرض الناتجة من البناء ٧٠٠ جنيه فقط ، فان هذا المبلغ الأخير هو الذى يلزم صاحب الأرض بدفعه .

ولتقدير الزيادة فى القيمة يجب الرجوع ، لا الى وقت البناء ، بل الى وقت استرداد العقار ، لأن المالك لا يلزم الا بدفع الزيادة التى يستفيد منها ، ولذلك لا يجب احتساب قيمة البناء الذى يهلك بحادث جبرى Cas fortuit .

والزيادة فى القيمة التى تجب مراعاتها هى الزيادة فى القيمة التجارية Valeur vénale التى حدثت فى الأرض بسبب المبانى ، لا المنفعة utilité التى عادت على المالك بسبب البناء .

وحكم القانون الأهلى يشبه حكم القانون الفرنسى (العبارة الأخيرة من المادة ٥٥٥) .

أما فى القانون المختلط فقد نصت المادة ٩١ على أنه « اذا كان لدى من غرس أو بنى أسباب مقبولة ليعتقد أنه مالك فلا يصير ازالة الغراس أو البناء ، بل للمالك الحقيقى أن يدفع ما زاد عن قيمة العقار بحسب ما يقدره أهل الخبرة » .

وليلاحظ ما بين النصين الأهلى والمختلط من الفروق . فبينما القانون الأهلى يترك لمالك الأرض الخيار بين دفع قيمة الأدوات وأجرة العملة و بين دفع مقدار ما زاد فى قيمة الأرض بسبب البناء أو الغراس ، فان القانون المختلط لا ينص الا على دفع مقدار ما زاد فى قيمة الأرض . كذلك فان النص الأهلى يشترط لاثبات حسن النية أن يكون هناك حكم برفع اليد يقرر فيه عدم وقوع غش من البانى فى وضع يده على الأرض ، أما النص المختلط فيسمح للمحاكم بالحكم بالتعويض للبانى حسن النية وان كان لا يوجد حكم برفع يده عن الأرض .

ولاثبات حسن النية وعدمه يجب الرجوع الى وقت البناء .

٧٤١ — *تعدى البانى على جزء من ملك الجار* — قد جرى البحث فى حالة ما اذا تعدى البانى حدود ملكه ، فأقام على أرض الجار جزءا من البناء ، فانه تطبيقا لقواعد الالتصاق يصير جزء البناء المقام على أرض الجار ملكا للجار ،

ولـكن قد يكون هـذا البناء ممـا لا يمكن الانتفاع به ، كما اذا كان جزءا صغيرا ، كنصف سمك الحائط مثلا ، وقد لا يكون البانى سيء النية فيلزم بازالة ما أحدثه . ويقرر معظم الشراح فى فرنسا أنه فى هذه الحالة يكون لصاحب الأرض المعتدى عليها أن يلزم البانى بهدم ما بناه على أرضه مهما كان الضرر الناتج من ذلك بالنسبة للبانى ، وسواء أكان البانى حسن النية أم سيء النية . ويفرق بعض الشراح بين البانى حسن النية والبانى سيء النية ، ويقول بجواز الزام البانى بهدم ما بناه فى حالة ما يكون سيء النية .

وفى مصر ، حيث حدود الملك قلما تكون واضحة ، اذا تعدى مالك على أرض جاره وجعل جزءا من البناء على أرض الجار ، فان الزامه بهدمه ربما أضر به ضررا بليغا لا يذكر بجانبه الضرر الذى يلحق الجار . ولذلك قضت المحاكم المصرية بأن القاعدة المدونة بالمادة ٦٥ مدنى ليس الغرض منها الا الأحوال التى يكون فيها الغراس والبناء بتمامه على أرض الغير ، لا الحالة التى يقيم فيها المالك بناء على أرضه ويتعدى على أرض الغير بجانب من البنـاء لو انفصل عن الأصل لم يكن له قيمة ، وذلك حفظا لحقوق صاحب الأرض المعتدى عليه ، اذ أن الفقرة الثالثة من المادة المذكورة تعطى صاحب الأرض الحق فى أن يحفظ البناء أو الغراس الذى حصل فى أرضه ، وفى هذه الحالة ليس ذلك ممكنا ، فحينئذ ليس لصاحب الأرض الا حق التعويض بالنسبة لثمن القطعة التى دخلت فى بناء الغير وبالنسبة لما أمكن حصوله من الضرر لحرمانه من القطعة المذكورة .

٧٤٢ — حق الحبس لمصلحة البانى — قد اختلف فى فرنسـا فيما اذا كان للبانى الواضع يده على الأرض التى بنى عليها حق حبسها فى الحالة التى يكون فيها المالك ملزما بدفع مصاريف البناء أو دفع ما زاد فى قيمة الأرض . فتقضى المحاكم وبعض الشراح بمنح حق الحبس واضع اليد حسن النية ، لا سيء النية ، ويرى بعض الشراح منح هذا الحق بغير قيد ، أى سواء أكان واضع اليد حسن النية أم سيء النية . ويرى بعض آخر عدم اعطاء حق الحبس لعدم وجود نص يخول ذلك .

ولكن القانون المصرى قرر صراحة فى المادة ٧٣١/٦٠ أنه يكون لمن أوجد تحسينا فى العين الحق فى حبسها ، ويكون حقه من أجل ما صرفه أو ما ترتب على مصرفه من زيادة القيمة التى حصلت بسبب التحسين على حسب الأحوال .

٧٤٣ — **ممن رجوع البانى** — يحصل الرجوع بالتعويض على من يكون مالكا وقت الطلب restitution ، لا من كان مالكا وقت البناء . وللحائز العقار الذى تحصل مطالبته أن يرجع على المالك القديم الذى نقل اليه الشىء اذا كان له حق الضمان Garantie .

٧٤٤ — **الأعمال التى تطبق عليها قواعد الانضمام** — ذكر القانون الغراس plantations والبناء constructions وغير ذلك من الأعمال ouvrages ، والظاهر من هذه الألفاظ أن القانون يشير الى الانشاآت الجديدة ، أى الى الأعمال التى تؤدى الى احداث شىء جديد ، لا التحسينات البسيطة ، مثل أعمال التجفيف والصرف والاصلاحات التى تعمل فى المبانى أو الانشاآت الموجودة . أما بالنسبة لهذه الأعمال الأخيرة فتطبق القاعدة العامة ، وهى أنه لا يجوز لأحد أن يثرى من غير سبب على حساب غيره . وعلى ذلك يجب التفريق بين المصاريف الضرورية والمصاريف النافعة ومصاريف الزخرفة ، ويجب على المالك الذى يسترد العقار أن يدفع كل المصاريف الضرورية ، أى التى لولاها لتلف الشىء أو هلك ، وفى الواقع فانه لو كان الشىء فى حيازة المالك لاضطر لعمل هذه المصاريف لحفظ الشىء ، أما المصاريف النافعة فيردها المالك كلها أو بقدر ما زاد فى قيمة الشىء ، وأما مصاريف الزخرفة فلا يجبر على دفعها . ولا فرق فى كل ذلك بين الحائز حسن النية أو سيىء النية ، وليس للمالك أن يطلب ازالة التحسينات التى حدثت ، ولو كان من أحدثها سيىء النية .

الحالة الثالثة

البناء فى أرض الغير بأدوات الغير

٧٤٥ — يجب التكلم هنا فى حق مالك الأرض وحق مالك الأدوات .

فبالنسبة لصاحب الأرض فان حكمه هو ما تقدم فى الحالة السابقة ، أى أنه اذا كان البانى سيىء النية فيكون لصاحب الأرض الخيار بين ابقاء البناء بأرضه و بين الزام فاعله بنزعه بالتفصيل المتقدم ، واذا كان البانى حسن النية فهو ملزم بابقاء البناء .

أما بالنسبة لصاحب المهمات فليس له طلب ردها اليه ، بل تكون له قيمتها ، اذ قررت المادة ٦٦ أهلى أنه « اذا حصل البناء أو الغراس أو غير ذلك من شخص فى أرض غيره بمهمات وأدوات كانت ملكا لغيره أيضا فلا يجوز لصاحب المهمات والأدوات المذكورة أن يطلب ردها اليه ، بل يكون له الحق فى أخذ تعويض من ذلك الغارس أو البانى أو من صاحب الأرض على قدر ما يكون مطلوبا منه » . والذى يقوم بدفع التعويض هو البانى . ويجب التفريق بين ما اذا كان حسن النية أو سيئها كما تقدم . فاذا كان حسن النية فعليه قيمة المهمات والأدوات لصاحبها ، بحسب ما تساويه وقت استعمالها ، لا بحسب ما يقرر للبانى على صاحب الأرض . واذا كان سيىء النية فعليه قيمة الأدوات والمهمات لصاحبها ، بحسب ما تساويه وقت استعمالها ، وعليه أيضا دفع تعويض له اذا أصابه ضرر من حرمانه من أدواته ، وهو غير التعويض الواجب عليه دفعه لصاحب الأرض اذا أصابها تلف أو ضرر .

واذا اختار صاحب الأرض هدم البناء ، فى الحالة التى يصح فيها ذلك ، فيجوز لصاحب المهمات والأدوات أن يستردها ، وقد تكون له مصلحة فى استردادها ، كما فى حالة ما اذا كان البانى معسرا .

ولصاحب المهمات والأدوات أن يحجز عند صاحب الأرض ما يكون مطلوبا للبانى ، وليس له الرجوع على صاحب الأرض بما يكون باقيا له من التعويض قبل البانى ، كما يفهم خطأ من نص المادة ٦٦ ، كما فى حالة ما اذا اختار صاحب الأرض بقاء البناء ، أو فى حالة الزامه بقائه ، وذلك لأنه لا ارتباط بين صاحب المهمات وصاحب الأرض ، وليس لصاحب المهمات سوى الحجز على ما يكون مطلوبا للبانى من صاحب الأرض .

وليس للمادة ٦٦ مقابل فى القانون الفرنسى ، وتطبق المحاكم والشراح المادة ٥٥٤ المقابلة للمادة ٦٤ أهلى . على أن حكم المادة ٦٦ ما هو الا تطبيق لحكم المادة ٦٤ المتقدمة .

كذلك لم يأت القانون المختلط بمثل هذا النص ، ولكن لا يوجد ما يمنع المحاكم المختلطة من تطبيق أحكام القانون الأهلى فيما يختص بصاحب المهمات الذى بنى بها فى ملك الغير ، وهى مطابقة لقواعد العدالة والقانون الطبيعى .

حالة خاصة

البناء أو الغراس فى أرض الغير باذنه

٧٤٦ — **فى القانون المختلط** — قررت المادة ٨٩ مختلط أن : « من بنى أو غرس فى أرض باذن صريح من مالكها بدون شرط ولا قيد يكون مالكا للأرض التى أقيم عليها البناء أو التى يشغلها الغراس » .

فالمادة ٨٩ تعتبر الاذن بالبناء أو الغرس ناقلا لملكية الأرض التى يبنى عليها أو يغرس فيها . وهذا الحكم غريب ، لأن التصرف يكون عادة بعبارات صريحة تفيد نقل الملكية ، والذى ينقل ملكية أرضه لا يهمه كيفية استعمال أرضه فيما بعد ، وما اذا كان الذى انتقلت اليه ملكيتها يستعملها للبناء عليها أو للغراس فيها أو لغيرهما ، ولذلك يجب عدم التوسع فى تفسير المادة ، فيجب أن يكون الاذن صريحا ، فان كان ضمنيا ، كما اذا كان المالك يعلم بالانشاآت التى يحدثها الغير على أرضه ولم يعترض ، فلا يترتب عليه اعتبار البانى مالكا .

واذا كان الاذن بالبناء أو الغرس صريحا ، فيكون العقد هبة اذا لم يكن بمقابل ، و يجب أن يكون بعقد رسمى . واذا كان بمقابل فيكون العقد بيعا ، ويجب مراعاة القواعد الخاصة بالتسجيل .

وقد قررت المادة ٩٠ مختلط أنه « اذا لم يثبت حصول الاذن من المالك بدون شرط ولا قيد تعتبر الأرض عارية ، ويكون للمالك الخيار بين طلب هدم

البناء وازالة الغراس و بين ابقائها له مع دفع قيمة المهمات والأدوات وأجرة العملة» .
والمقصود فى هذه المادة هو البانى سيء النية . وقد تقدم الكلام فى هذه الحالة .

٧٤٧ — **فى القانون الأهلى** — لم ينقل القانون الأهلى نص المادة ٨٩ مختلط ، ولا يمكن تطبيق هذا النص فيه . على أنه فيما يختص بالايجارات كثيرا ما يأذن الملاك فى عقود الايجار للمستأجرين باحداث البناء على أن يكون للمالك ، مقابل مبلغ معين من النقود ، أو على أن يزيله المستأجر عند انتهاء اجارته .

ولكن اذا أذن المالك صراحة لآخر بالبناء ، من غير أن ينص على ما يؤول اليه أمر البناء ، فانه بلا شك يكون للبانى الحق فى أن ينتفع بالمبانى التى ينشئها ، لمدة تعينها الحاكم بحسب ما يظهر من قصد المتعاقدين الصريح أو الضمنى ، و يستنتج ذلك عادة من قيمة البناء . واذا انتهى الاستعمال فان المالك يسترجع أرضه بالمبانى التى عليها . واذا كانت قيمة الأرض قد زادت بسبب البناء فيصح أن يدفع مقدار الزيادة ، لأنه لا يجوز لأحد أن يثرى على حساب غيره من غير سبب .

التصاق المنقول بالمنقول

٧٤٨ — كان لهذا النوع من الالتصاق شأن عظيم فى القانون الرومانى . أما الآن فليست له أهمية تذكر ، وذلك بسبب قاعدة « حيازة المنقول سند الملكية » التى يواجه بها غالبا كل طلب استرداد للمنقول ، فان الملكية تكون عادة لواضع اليد ، بغير حاجة للرجوع الى قواعد الالتصاق . على أنه فى الغالب توجد اتفاقات صريحة أو ضمنية بخصوص مآل الشيء الجديد . ومع ذلك فقد جاء القانون المدنى بنصوص خاصة به ، وأورد له القانون الفرنسى ثلاث عشرة مادة (٥٦٥ — ٥٧٧) . ويقع الالتصاق فى ثلاث حالات :

(١) الضم Adjonction — وهو ما يحصل فى حالة اتحاد منقولين مملوكين لشخصين مختلفين ، اذا كان يمكن تمييزها الواحد عن الآخر ، كوضع صورة فى اطار ، وفى هذه الحالة يملك الشيء الجديد صاحب الشيء الأصلى ، و يكون ملزما

بدفع قيمة الشيء الذى اتحد بملكه (٥٦٦ فرنسى وما بعدها) .

(٢) التحويل Spécification — ويحصل بايجاد شيء جديد بمواد للغير ، كتحويل الخشب الى كراس ، ويكون لمالك المواد الحق فى تملك الشيء الجديد ، خصوصا اذا كانت قيمة مهماته أكثر من قيمة العمل ، بشرط أن يدفع أجرة العمل ، أو فى طلب رد مهماته جنسا ومقدارا ووزنا ومقاسا وجودة أو قيمتها (٥٧٦ فرنسى) .

(٣) المزج Mélange — ويكون بخلط شيئين بحيث لا يمكن تمييز أحدهما عن الآخر ، كاتحاد سائلين ، وفى هذه الحالة يكون الشيء الجديد ملكا لصاحبى الشيئين اللذين امتزجا ، ويباع بالمزاد لحسابهما (٥٧٣ ، ٥٧٥ فرنسى) ، الا اذا كان أحد الشيئين أكبر ثمنا أو مقدارا من الآخر ، فى هذه الحالة يكون لمالك المهمات الأعلى قيمة أن يطلب الشيء الناتج من المزج ويدفع للآخر قيمة مهماته (٥٧٤ فرنسى) .

٧٤٩ — **القانون المصرى** — لم يأت القانون المصرى بكل أحكام القانون الفرنسى ، وانما قرر فى المادة ٩٢/٦٧ أنه « اذا اختلط أو التصق شيئان من المنقولات ، كل واحد منهما مملوك لشخص ، بحيث لا يمكن تفريق أحدهما عن الآخر بدون حصول تلف لهما ، فللحاكم أن تنظر فى ذلك بمقتضى أصول العدالة ، مع مراعاة الضرر الذى يحدث ومراعاة أحوال المالكين واعتقاد كل منهما عند الاختلاط أو الالتصاق » en tenant compte du dommage causé, de la position des parties et de leur bonne foi.

ويشترط لتطبيق هذه المادة شرطان :

(١) أن يكون الشيئان مملوكين لمالكين مختلفين .

(٢) أن يكون الالتصاق بحيث لا يمكن تفريق أحد الشيئين عن الآخر بدون تلف ، كامتزاج السوائل أو اختلاط الشعير بالشعير .

والقاضى هو الذى يفصل فيمن تكون له الملكية والتعويض الذى يدفع

للآخر ، مع مراعاة الضرر الذى يحدث ، وأحوال المالكين ، وما اذا كان المزج أو الاختلاط حصل عفوا أو بفعل أحد المالكين ، ومع مراعاة اعتقاد كل منهما ، وما اذا كان فى فعله حسن النية أو سيء النية .

الفصل السادس

فى الشفعة فى العقار (١)

De la Préemption

٧٥٠ — **النصوص الخاصة بالشفعة** — استمد القانون المصرى أحكام الشفعة من الشريعة الاسلامية . وقد نص عليها أولا فى المواد ٩٣/١٠١ من المجموعة المدنية المختلطة ، ثم فى المواد ٦٨/٧٥ من المجموعة المدنية الأهلية . غير أن العمل أظهر أن أحكام المواد المذكورة لم تكن وافية لفض المنازعات المختلفة الناشئة عنها ، ودعا الرجوع الى أحكام الشريعة ، لسد النقص ، الى تشعب الأحكام وتناقضها ، فسن الشارع قانونا جديدا خاصا بالشفعة ، أورد فيه بعض الأحكام التى أقرتها المحاكم ، وأضاف اليها قواعد أخرى ، وصدر به الأمر العالى فى ٢٦ مارس سنة ١٩٠٠ بالنسبة للقضاء المختلط ، وفى ٢٣ مارس سنة ١٩٠١ بالنسبة للقضاء الأهلى ، وهذا القانون هو المعمول به الآن ، فيجب اذن العمل بأحكامه وتطبيقها .

وفى حالة عدم وجود نص صريح يجب الرجوع الى أحكام الشريعة الاسلامية ، لأن معظم أحكام الشفعة مأخوذ منها . وليس للقاضى أن يأخذ بأى نص من أحكام الشرع اذا رآه غير موافق لسياق نصوص قانون الشفعة ، لأن القانون المذكور جاء ببعض نصوص تخالف الشريعة كما سترى .

---

(١) راجع كتابنا « الشفعة فى القانونين الأهلى والمختلط وفى الشريعة الاسلامية وحق استرداد الحصة المبيعة قبل القسمة » ، والمراجع المذكورة فيه .

٧٥١ — تعريف الشفعة — لم تأت القوانين المصرية بتعريف للشفعة. واذا رجعنا الى الشريعة الاسلامية ، التى استمدت أحكامها منها ، نجد أنها عرفت فيها بأنها « حق تمليك العقار المبيع كله أو بعضه ولو جبرا على المشترى بما قام عليه من الثمن والمؤن [1] » .

فهى حق اختيارى للشفيع ، يستعمله اذا أراد ، أى أنه لا يكره على استعماله .

وهى خاصة بالعقار ، فلا تكون فى المنقول .

ويترتب عليها امتلاك العقار كله أو بعضه ، لأن الشفيع تارة يستحق كل المبيع ، وتارة يستحق بعضه فقط ، كما اذا تعدد الشفعاء وكانوا من درجة واحدة فانه يقسم بينهم بالتفصيل الذى سيأتى بيانه .

ولا تكون الشفعة فى حالة نقل الحقوق التى دون الملكية ، كحق الانتفاع وحق الارتفاق . غير أن قانون الشفعة ، فى المادة ٢ منه ، جاء باستثناء لهذه القاعدة ، اذ أجاز لمالك الرقبة حق الشفعة فى حالة بيع حق الانتفاع من صاحبه ، كما سيجىء .

ومتى ثبت حق الشفيع حق له امتلاك العقار ، ولو جبرا على المشترى ، لأن الغالب عدم رضاه ، وانما يجب عليه أن يقوم بدفع الثمن والمصاريف التى قام المشترى بدفعها .

ويقال لمن له حق الشفعة « الشفيع » ، وللعقار الذى تعلق به حق الشفعة « المشفوع » ، ولملك الشفيع الذى وجبت به الشفعة « المشفوع به » .

٧٥٢ — مشروعية الشفعة — الشفعة فى الشريعة الاسلامية ثابتة بالسنة والاجماع : بالسنة للأحاديث العديدة الواردة بشأنها ، والاجماع لما يرى من الأخذ بها فى كل زمان ومكان من غير نكير على ذلك من أحد أئمة الاسلام .

وحكمة مشروعيتها اتصال ملك الشفيع بالشىء المشترى ، فتجب لدفع ضرر

---

(١) مرشد الحيران المادة ٩٥ .

المشترى عن الشفيع بسبب سوء المعاشرة والمعاملة .

وللشفعة مزية أخرى ، وهى منع تجزئة العقارات الى قطع صغيرة ببيعها لغير الجار والشريك ، اللذين باستعمالها حق الشفعة يضمانها الى ملكهما ، فيمنعان تجزئتها .

غير أنه لا يلزم ، لكى تثبت الشفعة ، أن يتحقق الضرر فعلا ، لأنه من المقرر شرعا وقانونا أنها تثبت متى توافرت فى الشفيع الشروط المقررة للأخذ بالشفعة . ولا يجوز دفع دعوى المدعى بها بأن سوء الجوار الذى شرعت الشفعة من أجله لم يكن محققا .

على أن فى استعمال الشفعة تقييدا لحرية المالك ، وحرية التعاقد ، اذ بمقتضاها يجبر المشترى رغم ارادته على التخلى عن العقار الذى اشتراه . ولذلك يجب عدم التوسع فيها ، حتى أن علماء الشرع توسعوا فى مسقطاتها ، وبالغوا فى ذلك الى حد أنهم أجازوا الحيل فى اسقاطها .

٧٥٣ — **طبيعة حق الشفعة** — (١) الشفعة حق استثنائى ، لأن فيها تقييدا لحرية التعاقد ولحق الملكية ، فبمقتضاها يجبر المشترى على التخلى عن العقار الذى اشتراه ، ويجد البائع نفسه قد باع لشخص غير الذى أراد البيع اليه . ولذلك يجب كما قلنا عدم التوسع فى تفسير نصوصها . وقد أحاط الشارع نفسه حق الشفعة بجملة قيود ، ونص على وجوب استعماله فى مواعيد قصيرة بينها والا سقط الحق فيه ، كما سنفصله فى مواضع أخرى .

(٢) وهى حق عقارى ، لأنها لا تقع الا على العقارات .

(٣) وهى حق غير قابل للتجزئة ، فللشفيع أن يطلب كل العقار المبيع اذا توافرت لديه شروط الشفعة . ولكن ليس له أن يطلب جزءا منه ويترك الباقى ، وسيجىء تفصيل ذلك .

من لهم حق الشفعة

٧٥٤ — **أنواع الشفعاء** — الشفعة فى الشريعة ، عند الامام أبى حنيفة ،

للشريك فى نفس العقار المبيع ، ثم للشريك فى أرض الحائط المشترك ، ثم للخليط فى حقوق العقار المبيع ، ثم للجار الملاصق .

و بمقتضى النصوص الملغاة ، الخاصة بحق الشفعة ، فى المجموعة المدنية : الشفعة لمعير الأرض الذى يأذن المستعير بالبناء ، ثم للشريك فى العقار غير المقسوم ، ثم للجار .

ولم يأت قانون الشفعة الجديد بحكم الشريعة الخاص بالشركة فى الحائط ، ولا بحكمها الخاص بالشركة فى حقوق العقار المبيع ، وهى عبارة عن الاشتراك فى حق الارتفاق الخاص بالطريق أو الشرب . كذلك لم يأت قانون الشفعة بما قررته المجموعة المدنية من تخويل حق الشفعة لمعير الأرض الذى يأذن المستعير بالبناء .

انما أعطى القانون الجديد حق الشفعة فى المادة الأولى منه للشريك فى الملك المشاع وللجار المالك ، وشبه فى المادة ٢ صاحب حق الانتفاع بالشريك فى الملك المشاع ، وقال ان له طلب الشفعة اذا لم يطلبها مالك الرقبة . وفى المادة ٧ التى تكلمت فى أحوال التزاحم ذكر أيضا مالك الرقبة بين الشفعاء .

فالشفعاء اذن بمقتضى قانون الشفعة أربعة أنواع ، وهم : (١) مالك الرقبة . (ب) الشريك الذى له حصة مشاعة . (ج) صاحب حق الانتفاع . (د) الجار المالك .

وليس لغير هؤلاء الشفعاء الذين عينهم القانون حق الأخذ بالشفعة ، لا مباشرة ولا بطريق التحايل ، لأن هذا الحق استثنائى ، فلا يجب التوسع فيه .

مالك الرقبه

Nu-Propriétaire

٧٥٥ — ذكر مالك الرقبة فى الفقرة الثانية من المادة ٢ التى جاء فيها :

« وله (أى لصاحب حق الانتفاع) طلب الشفعة اذا لم يطلبها مالك الرقبة نفسه » .

« Il (celui qui a un droit d'usufruit) peut exercer le droit de préemption, si le propriétaire ne l'exerce pas lui-même ».

وهو مذكور أيضا فى المادة ٧ التى جاء فيها أنه فى حاله تعدد الشفعاء يكون مالك الرقبة هو المقدم على من سواه .

فمالك الرقبة هو الذى يكون له حق الأخذ بالشفعة ، مقدما على من عداه .

ويلاحظ أن القاعدة العامة فى الشفعة ، كما تقدم ، هى أنها لا تكون الا فى العقارات المادية ، فلا تكون فى العقارات المعنوية ، أى فى حالة بيع الحقوق المقررة على العقـارات ، وعلى ذلك يكون تخويل مالك الرقبة حق الشفعة فى حالة بيع حق الانتفاع استثناء من القاعدة العامة . وقد جاء القانون بهذا الاستثناء ليتمكن مالك الرقبة من التخلص من حق المنفعة الذى يكون للغير على عقاره ، كى يعود اليه الملك تاما . وبما أن هذا استثناء من القاعدة العامة فيجب عدم التوسع فيه ، فلا يمنح هذا الحق ، فى حالة بيع حق المنفعة ، الا لمـالك الرقبة دون غيره ، فلا يعطى مثلا للشركاء فى حق الانتفاع .

ب — الشريك الذى له حصة مشاعة

Copropriétaire indivis

٧٥٦ — يلى مالك الرقبة فى الرتبة الشريك الذى له حصة شائعة فى العقار المبيع . وقد ذكر فى المادة الأولى والمادة السابعة من قانون الشفعة . وتأتى الشركة اما من طريق الارث أو من طريق الاتفاق . ويكون لكل من الشركاء الحق فى أخذ الحصة — الشائعة المبيعة — بالشفعة ، سواء أكان البيع لشريك أم لأجنبى .

والشريك الذى له حق الشفعة هو الشريك على الشيوع فى ذات العقار المشفوع فيه .

٧٥٧ — **حق استرداد الحصة المبيعة قبل القسمة** Retrait d'indivision — للشركاء طريق آخر للاستيلاء على الحصـة الشائعة المبيعة ، وهو اسـتعمال حق الاسترداد المنصوص عليه فى المادة ٤٦٢ /٥٦١ التى نصها : « يجوز للشركاء فى الملك les copropriétaires ، قبل قسمته بينهم ، أن يستردوا لأنفسهم الحصة

الشائعة التى باعها أحدهم للغير ، و يقوموا بدفع ثمنها له والمصاريف الضرورية أو النافعة » .

وهناك فروق بين حق الشفعة وحق الاسترداد المذكور فى المادة ٥٦١/٤٦٢ وأهم هذه الفروق هى :

(١) ان حق الشفعة يكون اذا حصل البيع لشريك آخر أو لأجنبى ، أما حق الاسترداد فلا يكون الا اذا كان البيع لأجنبى .

(٢) الشفعة لا تكون الا فى العقار ، أما حق الاسترداد فيكون أيضا فى المنقول .

(٣) الشفعة خاضعة لاجراآت وشروط خاصة نص عليها فى قانون الشفعة ، وتسقط اذا لم تتبع تلك الشروط والاجراآت فى المواعيد المنصوص عليها ، بخلاف حق الاسترداد .

وعلى ذلك اذا حصل البيع لأجنبى كان لكل من الشركاء الحق فى الأخذ بالشفعة فى المواعيد المقررة فى قانون الشفعة ، أو فى استرداد الحصة المبيعة بمقتضى المادة ٥٦١/٤٦٢ فى أى وقت حتى تحصل القسمة . واذا سقط حق الشريك فى الشفعة ، لعدم تقديم طلبه فى الميعاد القانونى مثلا ، فانه يبقى له حق الاسترداد حتى تحصل القسمة ، وأما اذا حصل البيع لشريك فلا يكون لباقى الشركاء سوى الحق فى الأخذ بالشفعة ، ولا يكون لهم حق الاسترداد ، والعلة فى ذلك هى أن حق الاسترداد لم يوضع الا لمنع الأجنبى من التدخل بين الشركاء ، وقد شرع لمنع الاشكالات التى تنتج من ذلك .

٧٥٨ — **الشركاء فى حق الانتفاع** — اذا كان حق الانتفاع العقارى usufruit immobilier مشتركا بين عدة أشخاص ، وباع أحدهم حقه ، هل يكون للآخرين حق الشفعة ؟ ان المادة الأولى من قانون الشفعة لم تذكر الا الشريك الذى له حصة مشاعة فى العقار المبيع copropriétaire indivis de l'immeuble vendu ، ولم تذكر الشريك الذى له حصة فى حق المنفعة المبيع ،

فيظهر من نصها أن الشريك فى المنفعة لا يكون له حق الشفعة فى هذه الحـالة ، ولـكن دى هلتس [1] يرى أن دخول أجنبى فى حالة الشيوع بين باقى الشركاء فى المنفعة مضر ، كحالة دخول أجنبى فى الملك المشترك ، لأن عملية القسمة تتجدد فى أوقات دورية بالنسبة للعقار ، ولذلك يرى امكان تطبيق المـادة ٢ التى تقول « يعد شريكا فى العقار المشفوع من يكون له حق الانتفاع فيه كله أو بعضه » . ونحن نرى أن فى ذلك توسعا فى تطبيق المـادة ٢ التى تتكلم فى العقار المبيـع immeuble vendu ، لا فى حق الانتفاع المبيع .

وكذلك يرى دى هلتس امكان تطبيق المادة ٥٦١/٤٦٢ فى هذه الحالة ، وان كان كل ذلك مشكوكا فيه ، كما يقرر دى هلتس نفسه [2] .

(ج) صاحب حق الانتفاع

Usufruitier

٧٥٩ — أعطت المـادة ٢ حق الشفعة لصاحب حق الانتفاع فى العقار المبيع كله أو بعضه الذى ترتب عليه حقه ، فقد جاء فيها : « يعد شريكا فى العقار المشفوع من يكون له حق الانتفـاع فيه كله أو بعضه ، وله طلب الشـفعة اذا لم يطلبها مالك الرقبة نفسه » .

و بمقتضى المادة ٧ صاحب حق الانتفاع يلى الشريك فى المرتبة .

وليس لصاحب حق الانتفاع الحق فى طلب الشـفعة على حسب الشريعة الاسلامية ، وكذلك لم يعط هذا الحق بمقتضى النصوص الملغاة الخـاصة بالشفعة فى المجموعة المدنية ، ولهذا لا نفهم سبب النص عليه فى قانون الشفعة ، مع أن المفهوم أن القانون المذكور كان الغرض منه تقييد حق الشفعة ، لا التوسع فيه ، ومع أن حق الانتفاع حق مؤقت وشخصى للمنتفع لا ينتقل للورثة ، فهو أساس

---

(١) دى هلتس نبذة ٥٢ .

(٢) دى هلتس نبذة ٥٥ .

واه للشفعة لا يبرر تضحيــة حق المشترى الذى انتقل اليه حق دائم هو حق الملــكية [١] .

(د) الجار المــالك

Propriétaire voisin

٧٦٠ — *ثلاث أحوال للجار* — تعطى المادة الأولى الحق فى الشفعة للجار المالك فى أحوال ثلاث ، اذ تفرق بين الأحوال الآتية :

الحالة الأولى — العقار المشفوع من المبانى أو الأراضى المعدة للبناء ، سواء فى المدن أو فى القرى .

الحالة الثانية — العقار المشفوع من الأراضى غير المبنية أو غير المعدة للبناء .

الحالة الثالثة — وجود حق ارتفاق للعقار المشفوع به على العقار المبيع أو العكس .

وهذا نص ما جاء بالمادة الأولى خاصا بالجار .

---

(١) ويلاحظ أن المــادة ٢ تنص على أنه « يعــد شريكا فى العقار المشفوع من يكون له حق الانتفاع فيه » . وهــذا النص لا يفهم بمقارنته بالمادة ٧ التى جعلت مرتبــة صاحب حق الانتفاع بعد مرتبة الشريك .

كذلك نص فى آخر المادة ٢ على أن لصاحب حق الانتفاع طلب الشفعة « اذا لم يطلبها مالك الرقبة نفسه » . وهذا النص غير مفهوم أيضا ، لأن صاحب حق الانتفاع لا يكون له الحق فى الأخذ بالشفعة الا اذا باع مالك الرقبة حقه فى العين . فــكيف يكون لمالك الرقبة الحق فى طلب الأخذ بالشفعة فى الوقت نفسه ؟ يمكن تصور ذلك فى حالة ما اذا تعدد مالــكو الرقبة وباع بعضهم نصيبه ، فانه فى هــذه الحالة يكون لصاحب حق الانتفاع طلب الشفعة اذا لم يطلبها الشريك فى ملك الرقبة ، ولــكن فى هــذه الحالة لم يكن هنالك داع للنص على ذلك ، لأن الشريك مقدم على كل حال على صاحب حق الانتفاع (المادة ٧) . يمكن أن نتصور أيضا حالة ما اذا تعدد أصحاب حق الانتفاع ، وباع أحــدهم نصيبه ، فهل يكون للشريك فى حق الانتفاع طلب الشفعة اذا لم يطلبها مالك الرقبة ؟ ســبق أن بينا أن تخويل حق الشفعة لصاحب حق الانتفاع هو استثناء من القاعدة العامة التى تقضى بأن بيع الحقوق غير المادية ، مثل حق الانتفاع ، لا يعطى الحق فى الشفعة ، ولذلك يجب عدم التوسع فيه ، فلا يمنح هذا الحق فى حالة بيع حق الانتفاع الا لمالك الرقبة ، ولا يمنح للشركاء فى حق الانتفاع .

« يثبت حق الشفعة لمن يأتى :

أولا — . . . . . .

ثانيا — للجار المالك فى الأحوال الآتية :

اذا كان العقار المشفوع من المبانى أو من الأراضى المعدة للبناء سواء كانت فى المدن أو فى القرى .

اذا كان للأرض المشفوعة حق ارتفاق على أرض الجار ، أو كان حق الارتفاق لأرض الجار على الأرض المشفوعة .

اذا كانت أرض الجار ملاصقة للأرض المشفوعة من جهتين ، وتساوى من الثمن نصف ثمن الأرض المشفوعة على الأقل » .

وسنتكلم فيما يلى فى كل حالة من هذه الأحوال الثلاث .

٧٦١ — الحالة الأولى — بالنسبة للمبانى والأراضى المعدة للبناء — جاء فى المادة الأولى أن حق الشفعة يثبت للجار المالك « اذا كان العقار المشفوع من المبانى أو من الأراضى المعدة للبناء سواء كانت فى المدن أو فى القرى » .

« S'il s'agit de constructions ou de terrains destinés à être bâtis, situés dans une ville ou dans un village ».

فيشترط فى هذه الحالة توافر شرطين :

أولا — التلاصق من جهة : يجب أن يكون العقار المشفوع والعقار المشفوع به متلاصقين من أية جهة . والقاضى يقدر فى كل حالة ما اذا كان التلاصق بامتداد كاف يبرر الشفعة . ويكفى التلاصق من جهة واحدة .

والعبرة فى التلاصق بالأرض ، لا البناء ، اذا كانت الأرض تحوى بناء .

فاذا كان المبيع دارا لها بستان و بيع عقار ملاصق للبستان تثبت الشفعة .

ثانيا — أن يكون العقار المشفوع من المبانى أو الأراضى المعدة للبناء . فاذا كان معدا للزرع ، فله حكم آخر .

ولا يشترط ، كما هو ظاهر من النص ، أن يكون العقار المشفوع مبنيا بالفعل ، بل يكفى أن يكون من الأراضى المعدة للبناء .

ويجب أن يكون العقار المشفوع فى مدينة أو قرية ، أى أن يكون جزءا من منطقة مبان .

٧٦٢ — **الشفعة فى البناء** — هل لمالك البناء أن يشفع فى العقار المبيع ، اذا لم يكن مالكا للأرض التى أقيم عليها البناء ؟ — واذا كان المبيع بناء من غير الأرض المقام عليها هل تجوز الشفعة فى هذا المبيع ؟ — اختلف فى ذلك .

ومن رأينا أن الشفعة تجوز فى البناء ، ولو بيع مستقلا ، وأنه لا يوجد ما يمنع المالك الذى لا يملك الا البناء من أن يشفع فى العقار المبيع . فاذا بيعت أرض مع البناء الذى عليها ، أو بيعت الأرض من غير البناء ، أو اذا بيع البناء من غير الأرض ، كما اذا باع صاحب الطابق الثانى من منزل — لا يملك فيه الطابق الأسفل — طابقه ، فيجوز للجار ، سواء أكان مالكا للأرض وما عليها من البناء ، أم للأرض فقط ، أم للبناء فقط ، أن يطالب بالشفعة ، اذا توافرت لديه شروط الجواز بالنسبة لما يشفع فيه ، وذلك لأنه بالنسبة للعقار المشفوع لم يحتم القانون أن يكون أرضا ، بل اشترط فقط أن يكون عقارا ، ولم يخصص ، فقد ورد لفظ « العقار » (immeuble) من غير تخصيص فى المواد ٢ ، ١٠ ، ١١ ، ١٢ ، ١٣ ، ١٤ ، ١٥ ، ١٩ ، ٢١ ، وعبر فى المادة ٧ بلفظ « ملك » (fonds) ، حيث جاء فيها « واذا تعدد الجيران يقدم منهم من تعود على ملكه منفعة . . . » ، والمادة الأولى صريحة فى جواز الشفعة فى البناء ، اذ جاء فيها عند الكلام فى أحوال الجار أن الشفعة تثبت للجار المالك « اذا كان العقار المشفوع من المبانى constructions أو من الأراضى المعدة للبناء » ، ولم ينص فيها على أن البناء يجب أن يكون تابعا للأرض .

وبالنسبة للعقار المشفوع به نرى الشارع لم يخصص عقار الشفيع ، بل أطلق ، فقد جاء فى المادة الأولى أن حق الشفعة يثبت « للشريك الذى له حصة شائعة فى العقار المبيع (au copropriétaire indivis de l'immeuble vendu) .

يضاف الى ما تقدم أن القول بعدم اجازة الشفعة فى البناء يتعارض مع

الغرض الذى الذى من أجله شرعت الشفعة بالنسبة للضرر الذى يقع ممن ينتقل اليه البنـاء ويتأذى منه الذى يريد المطالبة بالشفعة ، واذا كان طالب الشفعة لا يملك الا البنـاء دون الأرض فقد يكون الضرر الذى يلحقه ممن انتقل اليه العقار المبيع أبلغ من الضرر الذى يلحق مالك الأرض .

ولذلك نرى كما تقدم أنه اذا بيع عقار فانه يجوز لـكل من مالك الأرض المجاورة ومالك البناء المجاور (ان لم تكن الأرض والبناء لمالك واحد) أن يطالبا بالشفعة ، وتكون الأفضلية لمن منهما يعود على ملـكه منفعة من الشفعة أكثر من الآخر وفقا للمادة ٧ .

٧٦٣ — الشفعة فى الحكر وبالحكر — هل تجوز الشفعة فى البناء القائم فى أرض محتكرة ؟ .

لا يوجد ما يدل على أن الشارع المصرى أراد أن يخـالف الشريعة فيما يتعلق بأحكام الحـكر .

وقد تضاربت أقوال الفقهاء فى ثبوت الشفعة فى البناء القائم فى الأرض المحتكرة ، أو الأشجار المملوكة الواقعة فيها . فمنهم من قال بثبوتها . ومنهم من قرر عدم الثبوت . وانقسمت أحكام المحاكم المصرية بسبب ذلك .

فمن قالوا بثبوت الشفعة احتجوا بما يأتى : ان البناء فى الأرض المحتكرة هو عقار ، لأن حق القرار هو الحقوق العينية المتعلقة بالأموال الثابتة ، وهو عقار حكمى ، أى غير مادى ، وقد أجاز القانون الشفعة فى العقار على اطلاقه حقيقيا كان أو حكميا .

واستند من يقول بعدم ثبوت الشفعة علي ما يأتي : ان البناء ليس له حق البقاء على الدوام ، بل هو على شرف الزوال ، لأن المحتكر اذا امتنع عن دفع أجرة المثال يؤمر برفع بنائه وتؤجر الأرض لغيره . وأنه بمقتضى الشريعة يشترط أن يكون المبيع مملوكا ملكا تاما لبائعه ، ولم يرد الشارع مخالفة أحكام الشريعة ، بل ان جل ما تدون بقانون الشفعة بنوع خاص كان مقصودا به ترتيب وتنظيم

الاجراءات الواجب اتباعها لطلب الشفعة ، وليس فيها ما يؤخذ منه الميل الى مخالفة فقه الشريعة نفسها فى مادة الشفعة ، فوجب اذن احترام أحكام الشريعة التى لم يرد فى القانون نص يخالفها .

وهل يشفع بالحكر ؟ اختلفت المحاكم كذلك فيما اذا كان يجوز أن يشفع بالحكر ، فقال بعضها ان البناء القائم على الأرض المحتكرة له حق القرار ، فهو اذن عقار يشفع و يشفع به .

وقال بعض آخر انه لا يشفع به ، لأن قانون الشفعة لم يعط حق الشفعة الا لمالك العقار المشفوع به ملكا تاما ، حتى انه لم يعطه لصاحب حق الانتفاع الا فى العين المقرر عليها حقه ، ولم يعطه اياه الا اذا لم يطلبه مالك الرقبة نفسه .

ونحن نفضل الرأى الذى يقول بجواز شفعة الحكر ، وانه يشفع به ، فقد قلنا فيما تقدم بجواز شفعة البناء ، فضلا عن أن للمحتكر حق القرار ، وهو عقار ، وفى العادة والواقع يكون على وجه التأبيد ، اذ أن العادة جرت على عدم اخراج صاحب البناء ، الذى يورث حقه .

٧٦٤ — **الحالة الثانية — الأراضى غير المعدة للبناء** — جاء فى المادة الأولى أن حق الشفعة يثبت أيضا للجار المالك :

« اذا كانت أرض الجار ملاصقة للأرض المشفوعة من جهتين ، وتساوى من الثمن نصف ثمن الأرض المشفوعة على الأقل » .

«Si les deux terrains sont contigus de deux côtés et que la valeur de celui du préempteur représente au moins la moitié de la valeur de l'autre».

كحالة الأراضى الزراعية ، سواء أكانت مزروعة بالفعل أم لا .

و يشترط فى هذه الحالة توافر شرطين :

أولا — التلاصق من جهتين : يجب أن تكون أرض الجار ملاصقة للأرض المشفوعة من حدين ، كالشرقى والبحرى مثلا . ولا تكفى الملاصقة من نقطتين من جهة واحدة . وكذلك لا يكفى التلاصق من جهة واحدة ، ولو على طول الحد بأكمله .

ويصح أن يكون التلاصق من جهتين متجاورتين ، كالحدين الشرقي والقبلي . ويصح أن يكون من جهتين غير متجاورتين ، كالجهة الشرقية والغربية .

ولا يكفي مجرد الملاصقة من جهتين ، بل يجب أن يكون التجاور من حدين ، أي من جهتين من الجهات الأصلية (الشمال ، الجنوب ، الشرق ، الغرب) . ويجب أن يكون التلاصق على امتداد كاف ، كثلث الحد أو نصفه . وعلى كل فالقاضي هو الذي يقدر ما اذا كان التلاصق على امتداد يكفي لتبرير الشفعة .

ثانيا — أن تساوى أرض الشفيع نصف قيمة الأرض المشفوعة على الأقل . والقصد من هذا الشرط منع المضاربة ، فقد كان مجرد المجاورة يكفي لطلب الشفعة بمقتضى نصوص المجموعة المدنية ؛ وكانت نتيجة ذلك أن كل البيوع تقريبا كانت تخول حق الشفعة ، وكان المضاربون يسعون للحصول على القطع الصغيرة جدا المحصورة بين عقارات أخرى ، وبواسطتها كانت تتهيأ لهم فرص عديدة للشفعة ، فيجعلون من القطع الصغيرة أملاكا واسعة ، فلهذا اشترط قانون الشفعة هذا الشرط الخاص بالقيمة .

ويجب التعويل على قيمة أرض الجار والأرض المشفوعة وقت الشفعة ، لا على الثمن الذى اشتريا به . ولا يهم مقدار المساحة .

٧٦٥ — التفرقة بين أراضى البناء والأراضى الزراعية — للتمييز بين الأراضى الزراعية والأراضى المعدة للبناء ، لا ينبغى النظر الى كون العين المطلوبة بالشفعة محاطة بأراض مزروعة أو لا ، أو الى كونها بيعت بالمتر أو بالفدان ، بل ينبغى الرجوع الى خريطة المدينة أو القرية ، ومعرفة ان كانت هذه القطعة تدخل ضمن دائرتها أو لا ، فاذا اتضح أنها تدخل ضمن دائرة المدينة أو القرية فيجب اعتبارها من الأراضى المعدة للبناء . وقاضى الموضوع هو الذى يفصل فى ذلك بحسب الأحوال .

والذى يعتبر هو اعداد البائع الأرض للبناء ، لا اعداد المشترى لها ، فاذا اشترى شخص أرضا زراعية لتقسيمها وبيعها للبناء فلا تثبت الشفعة الا اذا توافر

شرط الجوار من جهتين ، لأنها تعتبر أرضا زراعية كما أعدها البائع ، ولا تعتبر من الأراضى المبنية كما يعدها المشترى . لأنه يؤخذ من نص المادة أنه يجب أن تكون الأراضى معدة للبناء وقت البيع ، فقد جاء فيها « اذا كان العقار المشفوع من المبانى أو من الأراضى المعدة للبناء » ، ولم تقل المادة من الأراضى التى ستعد للبناء .

٧٦٦ — الحالة الثالثة — وجود حق ارتفاق — نصت المادة الأولى على أن حق الشفعه يثبت أيضا للجار المالك : « اذا كان للأرض المشفوعة حق ارتفاق على أرض الجار أو كان حق الارتفاق لأرض الجار على الأرض المشفوعة » .

«Si, pour le service du terrain vendu, une servitude est établie sur le terrain du propriétaire voisin, ou si celui-ci a un droit de servitude sur le terrain vendu».

ويشترط فى هذه الحالة شرطان :

أولا — التلاصق من جهة : يجب أن يكون الشفيع جارا ، أى ملاصقا للأرض المشفوعة . وتكفى الملاصقة من جهة واحدة . أما مجرد وجود حق ارتفاق لعقار على آخر فلا يعطى وحده الحق فى الشفعة فى حالة البيع ، بل لا بد أن يكون أحد العقارين ملاصقا للآخر ، لأن صاحب العقار المشفوع به لا يكون جارا الا بالملاصقة كما تقدم .

ثانيا — أن يكون لأحد العقارين حق ارتفاق على الآخر : يجب أن يكون للعقار المشفوع حق ارتفاق على العقار المشفوع به ، أو العكس ، كأن يكون له حق المرور أو حق الشرب . ولا فرق بين ما اذا كانت العقارات مبنية أو معدة للبناء أو زراعية ، فى المدن والقرى ، أو ليست بها . الا أنه يجب أن يكون حق الارتفاق موجودا وقت بيع العقار المراد أخذه بالشفعة .

وحق الشفيع فى الأخذ بالشفعة ظاهر فى حالة ما يكون حق الارتفاق مقررا على عقاره لمنفعة العقار المبيع ، فانه باستعمال حق الشفعة يخلص عقاره من هذا

العبء . ولما كان حق الشفيع مبنيا هنا على كونه باستعماله الشفعة يزيل حق ارتفاق ، فان سبب الشفعة ، وبالتالى حق الشفيع ، ينعدم اذا تنازل المشترى عن حق الارتفاق المقرر على أرض الشفيع .

أما علة منح حق الشفعة فى حالة ما يكون حق الارتفاق مقررا على العين المبيعة لمنفعة عقار الجار فغير ظاهرة ، لأن حق الارتفاق حق عينى ، ويبقى مقترنا بالعقار المقرر عليه هذا الحق ، مهما انتقل العقار المذكور من يد الى أخرى ، فلا يؤثر بيع العقار فى وجوده . غير أنه يجوز أن يكون الشارع أراد من منح حق الشفعة فى هذه الحالة تخليص العقار المشفوع من حق الارتفاق الذى هو عبء ثقيل على حق الملكية .

٧٦٧ — **شرط التلاصق** — يرى مما سبق خاصا بأحوال الجار أن الشرط الأساسى لاستعمال الجار حق الشفعة هو التلاصق المباشر بين عقاره والعقار المشفوع ، وكل فاصل مهما كان صغيرا يكفى لمنع استعمال هذا الحق . ويجب أن يكون التلاصق موجودا وقت طلب الشفعة ، وعلى الشفيع أن يثبت صفة كونه جارا ملاصقا وقت البيع ، فان لم يثبت التلاصق اثباتا كافيا فيجب رفض الشفعة .

ويرى أيضا مما تقدم خاصا بالجيران أن قانون الشفعة لا يكتفى بمجرد التلاصق ، بل يشترط شرطا آخر ، وهو أن يكون العقار المشفوع من المبانى أو الأراضى المعدة للبناء فى المدن أو القرى ، أو أن يكون متلاصقا من جهتين ويساوى من الثمن نصف ثمن الأرض المشفوعة ، أو أن يكون له أو عليه حق ارتفاق ، وهذا خلافا لأحكام المجموعة المدنية التى كانت تكتفى بمجرد التلاصق .

٧٦٨ — **انعدام التلاصق** — رأينا فيما تقدم أنه يجب فى كل الأحوال أن يكون عقار الشفيع ملتصقا بالعقار المشفوع ، والا فلا يعتبر جارا .

وينعدم الالتصاق فى الأحوال الآتية :

(١) بوجود قطعة أرض مملوكة للغير بين العقار المشفوع والعقار المشفوع به .

(ب) بوجود قطعة أرض مملوكة للبائع بين العقارين . فيجوز مثلا للبائع أن يحتفظ — اذا وجد مصلحة له فى ذلك — بجزء من الأرض ، بين الأرض التى يبيعها وأرض الجار ، ولا يمكن أن يوصف عمله هذا بأنه مخالف للقانون ، الا فى الحالة التى يحتفظ فيها بقطعة صغيرة من الأرض لم تترك الا بقصد منع الشفعة . أما فى الحالة التى تكون فيها القطعة المتروكة حقيقية ، وتبقى مقيدة باسم البائع ، ويدفع عنها الضرائب ، فلا شفعة لعدم التلاصق .

(ج) بوجود طريق عمومى أو ترعة عمومية أو مصرف عمومى . ولكن الطرق والترع والمصارف الخصوصية المملوكة للبائع أو للشفيع لا تمنع الشفعة ، لأنها تبقى مملوكة لمن أنشأها وتتبع الأرض . فان كانت مملوكة للغير فانها تمنعها .

٧٦٩ — *استعمال الحيل لمنع الشفعة* — قد يستعمل البائع والمشترى بعض الحيل لاسقاط حق الشفعة ، كأن يتركا قطعة أرض صغيرة تحول بين الأرض المبيعة والأرض المشفوع بها ، أو كأن يبيع شخص عقارا لآخر ، ولكى يمنع الشفعة يهبه الجزء المجاور للشفيع .

وقد تضاربت أحكام المحاكم فى جواز التحايل لاسقاط الشفعة :

فقرر بعض المحاكم أن قواعد القانون تقضى بعدم اعتبار الحيل التى يكون القصد منها اسقاط الحقوق . فاذا باع أحد عقارا الا جزءا صغيرا منه مجاورا للشفيع بقصد منعه من الأخذ بالشفعة ، بحجة أن ما هو مجاور له لم يبع ، وكان ذلك الجزء مما لا يمكن الانتفاع به ، كان هذا العمل حيلة غير جائزة ، وتحكم المحكمة بحق الشفعة ، لأن القانون متى أعطى حقا لشخص فلا يجوز سلبه منه بحيلة من الحيل .

وقرر بعض آخر من المحاكم أنه اذا كان الجوار غير متصل فلا شفعة ، ولا يجوز الاحتجاج بأن هناك حيلة لمنع الشفعة ، كعدم بيع الجزء الصغير المجاور للشفيع منعا للجوار ، لأن هذه الحيل جائزة شرعا ، والشريعة الغراء أساس حق الشفعة .

وعندنا أن الرأى الأول هو الذى يجب العمل به ، فالشفعة حق مدنى مقرر فى القانون ومتى كان ، الأمر كذلك فانه لا يجوز التحايل على اسقاطه ، كما هو

الحال بالنسبة لسائر الحقوق المدنية . ولو رجعنا الى أحكام الشريعة فاننا نجد كما تقدم كثيرا من الفقهاء لا يقر استعمال الحيل لاسقاط هذا الحق . فاذا باع شخص عقارا لآخر ، ولكي يمنع الشفعة وهبه الجزء المجاور للشفيع ، فانه يكون للشفيع الحق فى أن يثبت أن العقد بيع ، وأما الهبة فقد التجىء اليها بقصد منعه من الشفعة ، كأن يثبت أن الثمن المتفق عليه مساو لقيمة العقار الحقيقية بما فى ذلك الجزء الموهوب . ولما كان التحايل غشا فيجوز اثباته بكل الطرق القانونية ، بما فى ذلك الاثبات بالبينة وبالقرائن .

٧٧٠ — **ملكية الجار** — يجب أن يكون الجار مالكا ، فاذا لم يكن الجار مالكا ، كما اذا كان صاحب حق انتفاع ، أو حق استعمال ، أو كان مستأجرا ، فلا شفعة له . ولا يحتج بالمادة ٢ من قانون الشفعة التى تعتبر صاحب حق الانتفاع شريكا ، لأن نصها مقصور على حالة من له حق الانتفاع فى العقار المشفوع ، لا فى العقار المشفوع به .

ملكية الشفيع

٧٧١ — **يجب أن يكون الشفيع مالكا** — يشترط فى الشريعة الاسلامية ، وفى القانون ، أن يكون الشفيع ، وقت شراء العقار المراد أخذه بالشفعة ، مالكا للعقار المشفوع[٩]. والقانون صريح فى هذا الشرط ، فقد أعطت المادة الأولى من قانون الشفعة حق الشفعة للشريك الذى له حصة شائعة فى العقار المبيع Copropriétaire indivis ، أى الشريك فى الملك المشاع ، وكذلك للجار المالك propriétaire voisin ، وخولته المادة ٢ لمالك الرقبة le nu propriétaire ولكن بطريق الاستثناء أعطى القانون حق الشفعة لصاحب حق الانتفاع celui qui a un droit d'usufruit ، كما تقدم . فلو أوصى لرجل بدار ، ولم يعلم حتى بيعت دار بجنبها ، ثم قبل الوصية ، فلا شفعة له ، لأنه حين البيع لم يكن قد تملك الدار المشفوع بها ، اذ لا يملكها الا بقبوله الوصية . أما لو مات قبل أن

يعلم بالوصية ، ثم بيعت الدار بجنبها ، فادعى الورثة شفعتها ، فلهم ذلك ، لأن موته صار بمنزلة قبوله .

ويشترط أن يبقى الشفيع مالكا للعقار المشفوع به حتى يتملك المشفوع بالقضا أو الرضا .

٧٧٢ — عدم تسجيل عقد الشفيع — من رأينا أنه اذا كان عقد الشفيع غير مسجل ، وكان لا يستند فى الملكية الى اكتسابها بوضع اليد ، فلا يستطيع أن يرفع دعوى الشفعة ، لأن قانون الشفعة يشترط ، كما رأينا ، أن يكون الشفيع مالكا ، وبمقتضى قانون التسجيل الجديد لا تنتقل الملكية الا بالتسجيل .

٧٧٣ — الاسلام ليس بشرط — فى الشريعة الاسلامية اسلام الشفيع ليس بشرط لوجوب الشفعة ، فتجب لأهل الذمة فيما بينهم ، وللذمى على المسلم . وهذا هو رأى الأئمة الثلاثة . ولكن من رأى أحمد أنه لا شفعة للذمى .

٧٧٤ — الذكورة والعقل والبلوغ — الذكورة والعقل والبلوغ ليست بشرط ، لأن حق الشفعة مبنى على الملك . فالاناث والصبيان والمجانين لهم أن يأخذوا بالشفعة . والذى ينوب عن الصبى هو وليه الذى يتصرف فى ماله ، من الأب ووصيه والجد لأب ووصيه والقاضى ووصى القاضى . فاذا بيعت دار ، والصبى شفيعها ، كان لوليه أن يطالب بالشفعة ويأخذ له ، لأن الأخذ بالشفعة بمنزلة الشراء والولى يملك ذلك ، فان سلم الشفعة صح التسليم . والذى ينوب عن المجنون هو قيمه .

من لا شفعة له

٧٧٥ — الوقف — جاء فى المادة ٤ من قانون الشفعة أن « لا شفعة للوقف » . فاذا بيع عقار بجوار وقف ، أو كان المبيع بعضه ملك وبعضه وقف ، وبيع الملك ، فلا شفعة للوقف ، لا لقيمه ولا للموقوف عليه .

ويزول حق الشفعة اذا وقف الشفيع ، أثناء الدعوى ، العقار الذى شفع به .

٧٧٦ — **من لا يملك شراء العقار المشفوع** — يرى بعض الشراح أن لا شفعة لمن لا يملك شراء العقار المشفوع من البائع مباشرة ، لأن الشفيع باستعماله حق الشفعة يحل محل المشفوع منه فى جميع ما له وما عليه من الحقوق (المادة ١٣) ، أى انه يصير مشتريا بدله ، وما دام أنه محظور عليه الشراء فليس له أن يشفع . ومثال هؤلاء :

(ا) موظفو المحاكم والمحامون الممنوعون من شراء الحقوق المتنازع فيها (١٥٩٧/٣٢٤/٢٥٧ مدنى) . وسبب منعهم من الشراء هو أن شراء أحد هؤلاء الحق المتنازع فيه يدل ظاهرا على أن غرضه من الشراء مجرد المضاربة ، فمنع الشارع موظفى المحاكم والمحامين من شراء الحقوق المتنازع فيها التى تكون رؤيتها من خصائص المحاكم التى يجرون فيها وظائفهم ، لشدة رغبته فى الاحتفاظ بحرمة القضاء وكرامته . وعندنا ان الرأى الذى يقول بأن لا شفعة لهؤلاء الموظفين والمحامين محل نظر ، لأن العلة التى من أجلها منعهم الشارع من شراء الحقوق المتنازع فيها غير متحققة هنا ، لأن القاضى أو المحامى الذى يريد الشفعة فى العقارات الممنوع من شرائها لا يقصد المضاربة ، وانما يرغب فى اتقاء الأضرار التى شرعت من أجلها الشفعة ، وحرمانه من حق الشفعة هو حرمان من حق مشروع أوجده الشارع لمصلحة جميع الناس ، والقول بأن الشفيع باستعمال حق الشفعة يحل محل المشفوع منه ويعتبر أنه اشترى الصفقة من المشترى مباشرة هو افتراض قانونى لا يصح التوسع فيه .

(ب) — الوكلاء الممنوعون من شراء الأشياء المنوط بهم بيعها (المادة ١٥٩٦/٣٢٥/٢٥٨) . وسبب منعهم من الشراء هو التعارض القائم بين مصلحة هؤلاء الوكلاء وواجبهم . ومن رأى الشراح كما تقدم أنه ليس لهم أن يشفعوا فى العقارات المنوط بهم بيعها . ونحن من هذا الرأى لتوافر حكمة النص ، فقد

يتساهل الوكيل مع المشترى فى شروط البيع ، اذ باستعماله حق الشفعة يحل محل المشترى فى جميع ما له وما عليه . انما اذا أراد الوكيل أن يأخذ الصفقة فيجب أن يتنحى عن مباشرة البيع .

تزاحم الشفعاء

٧٧٧ — يجب التفريق بين حالة ما يكون الشفعاء من طبقات مختلفة ، أو من طبقة واحدة .

٧٧٨ — (١) **الشفعاء من طبقات مختلفة** — اذا كان الشفعاء من طبقات مختلفة طبقت الفقرة الأولى من المادة ٧ ، ونصها :

« اذا تعدد الشفعاء يكون الحق فى الشفعة :

أولا — لمالك الرقبة .

ثانيا — للشريك الذى له حصة مشاعة .

ثالثا — لصاحب حق الانتفاع .

رابعا — للجار المالك » .

« En cas de concours de plusieurs préempteurs le droit de préemption appartient :

En premier lieu, au nu propriétaire;

En deuxième lieu, au copropriétaire;

En troisième lieu, à l'usufruitier;

En quatrième lieu, au propriétaire voisin ».

وليس لأحد من هؤلاء الحق فى الشفعة اذا وجد من يتقدم عليه فى المرتبة بحسب هذا الترتيب .

فاذا لم يستعمل أحدهم حقه فى الشفعة حل محله الذى يليه .

٧٧٩ — (٢) **الشفعاء من طبقة واحدة** — اذا كان الشفعاء من طبقة واحدة طبقت الفقرة الثانية من المادة ٧ ، ونصها :

« فاذا تعدد مالكو الرقبة أو الشركاء أو أصحاب حق الانتفاع فاستحقاق كل منهم للشفعة يكون على قدر نصيبه .

« S'il y a concours de plusieurs nus propriétaires, copropriétaires ou usufruitiers le droit de préemption appartiendra à chacun d'eux dans la proportion de ses droits.

واذا تعدد الجيران يقدم منهم من تعود على ملكه منفعة من الشفعة أكثر من غيره » .

Entre voisins la préférence appartiendra à celui qui peut tirer de la préemption un plus grand avantage pour son fonds».

فالفقرة الثانية من المادة ٧ تفرق بين حالة تعدد مالكى الرقبة أو الشركاء أو أصحاب حق الانتفاع من جهة ، وحالة تعدد الجيران من جهة أخرى :

(ا) تعدد مالكى الرقبة أو الشركاء أو أصحاب حق الانتفاع :

« اذا تعدد مالكو الرقبة أو الشركاء أو أصحاب حق الانتفاع فاستحقاق كل منهم للشفعة يكون على قدر نصيبه dans la proportion de ses droits .

وهل المراد من النصيب هو النصيب فى المقدار أو القيمة ؟ يقول بعض الشراح ان الرأى الذى يجب اعتباره هو القيمة ، قياسا على ما جاء فى القانون فى حق الجار المالك ، اذ نص على أنه يجب أن تكون قيمة العقار المشفوع به مساوية لنصف قيمة العقار المشفوع على الأقل . ويرى بعض آخر اعتبار النصيب فى المقدار ، ونحن نفضل هذا الرأى .

ويلاحظ أن حكم الفقرة الثانية من المادة ٧ ينطبق على مذهب الامام الشافعى والامام مالك ، لا على رأى الامام الأعظم الذى يرى القسمة بين الشفعاء بالنسبة لعددهم ، لا بالنسبة لملكهم .

(ب) تعدد الجيران :

« اذا تعدد الجيران يقدم منهم من تعود على ملكه منفعة من الشفعة أكثر من غيره » .

La préférence appartiendra à celui qui peut tirer de la préemption un plus grand avantage pour son fonds.

والقاضى هو الذى يقدر ذلك بحسب الأحوال . وعند الشك تكون الأولوية للمشترى ، وبذلك لا تخرق حرية التعاقد . وفى هذا تطبيق للقاعدة التى تقرر تفضيل واضع اليد عند التساوى in pari causa melior est causa possidentis.

وللحكم فيمن يعطى الأولوية من الجيران تجب مراعاة موقع عقار كل منهم وتخصيصه وضرورة توسيعه اذا كان لا يفى بتخصيصه الحالى . أما الوجهة الشخصية للشفيع فلا تهم ، فلا يدخل فى اعتبار المحكمة الفوائد الشخصية التى يستطيع الشفيع اجتناءها من الشفعة ، بل تعتبر العقارات متساوية من هذه الوجهة .

٧٨٠ — **المشترى أحد الشفعاء** — جاء فى المادة ٨ : « يثبت حق الشفعة وتراعى الأحكام المقررة فى المادة السابقة (المادة ٧) فيما يتعلق بالأولوية ولو كان المشترى حائزا لما يجعله شفيعا باعتبار ما ذكر فى المادة الأولى » .

«Le droit de préemption subsiste et la règle établie à l'article précédent qui détermine la préférence est applicable même dans le cas où l'acquéreur se trouverait dans les conditions prévues à l'article premier pour se rendre lui-même préempteur»

ويؤخذ من هذه المادة أن المشترى يكون له الحق فى الشفعة والتزاحم مع غيره ، اذا توافرت فيه الشروط اللازمة لطلب الشفعة . غير أنه يجب أن يلاحظ أن المشترى ليس ملزما بمراعاة الاجراآت المدونة بالقانون لاستعمال حق الشفعة ، لأنه فيما يختص به لا يشفع بالمعنى الحقيقى للكلمة ، فانه لا يحصل على ملكية جديدة بالحلول فى شراء شخص آخر ، وانما هو يستبقى ملكا قد حازه قبل ذلك ، متمسكا بأولوية مستنداته لدفع دعوى طالب الشفعة .

ولا خلاف بين الشراح والمحاكم فيما اذا كان الشفعاء من درجات مختلفة ، وتوافرت فى المشترى أسباب الشفعة ، فان قاعدة الترجيح المبينة فى المادة السابعة تطبق حينئذ ، كما هو مذكور صراحة فى المادة الثامنة . فاذا كان المشترى أحد الشركاء فى الحصة المبيعة ، وطلب الجار الأخذ بالشفعة ، وجب ترجيح الشريك المشترى على الجار الشفيع . وكذلك اذا كان المشترى هو الجار وطالب بالشفعة الشريك فى الحصة المبيعة ، فانه يجب ترجيح الشريك على الجار لأنه أسبق منه فى المرتبة .

وانما انقسم الشراح والمحاكم فى الحالة التى يكون فيها الشفعاء من مرتبة

المشترى ، كما اذا بيع لشريك حصة شائعة ، وطلب باقى الشركاء فى الحصة المبيعة الأخذ بالشفعة ، فهل يتميز المشترى ولا تجوز شفعة الباقين ، أم هل تجوز الشفعة ، و يقسم المبيع بين الشفعاء والمشترى ؟ يقول رأى بجواز الشفعة ، على أن تقسم الصفقة المبيعة بين طالب الشفعة والمشترى . و يقول رأى آخر بعدم جواز الشفعة لعدم النص .

ونحن من الرأى الأول ، لأنه يتفق مع النص الفرنسى للمادة . ولا يخفى أن نص المادة ٨ وضع أولا بالفرنسية للمحاكم المختلطة ، ثم نقل كما هو للمحاكم الأهلية . والغرض منه هو وضع حد للخلاف الذى كان سائدا بين المحاكم قبل صدور قانون الشفعة ، فان بعض المحاكم كان يقضى بأن لا شفعة من مشتر شفيع ، و بعض آخر كان يقضى بأن الشفعة جائزة من المشترى الشفيع ، فقصد الشارع من وضع المادة فض هذا الخلاف ، فقرر فيها أن حق الشفعة يبقى Le droit de préemption subsiste ، حتى فى حالة ما يكون المشترى حائزا للشروط المذكورة فى المادة الأولى للأخذ بالشفعة même dans le cas où l'acquéreur se trouverait dans les conditions prévues à l'article 1er pour se rendre lui-même préempteur . وأضافت المادة ٨ أن القاعدة الواردة فى المادة السابقة من حيث التفضيل et la règle établie à l'article précédent qui détermine la préférence ، تطبق أيضا فى هذه الحالة . وكان من اللازم اضافة هذه العبارة حتى لا يؤخذ من النص أن القانون قد عدل فى حالة التزاحم مع المشترى عن القاعدة التى قررها فى المادة السابعة ، بخصوص ترجيح من يكون أقوى سببا من الآخر . ولم يكن الشارع فى حاجة الى النص على وجوب القسمة فى حالة اتحاد الدرجة ، بأن كان الشفيع والمشترى مالكى رقبة أو شريكين أو صاحبى حق انتفاع ، وصدر المادة صريح فى أن حق الشفعة يبقى حتى فى الحالة التى تتوافر فيها فى المشترى شروط الشفعة .

المال الذى تجوز فيه الشفعة

٧٨١ — لا تكون الشفعة الا فى العقار كما تقدم ، فلا تجوز فى المنقول .

على أن العقار فى القانون قد يكون مالا ثابتا بطبيعته ، أو بطريق التخصيص ، أو بالنسبة للشىء المتعلق به . أما بالنسبة للنوع الأول فان الشفعة تكون فيه بلا نزاع [(١)] . وبالنسبة للنوع الثانى من الأموال الثابتة ، أى الأموال الثابتة بطريق التخصيص ، لا شفعة فيها اذا بيعت مستقلة ، لأنها تكون منقولة فى هذه الحالة . وبالنسبة للنوع الثالث ، أى الأموال الثابتة بالنسبة للشىء المتعلقة به ، فتصح الشفعة فيها اذا تحققت الشروط التى يتطلبها القانون ، كالجوار ، وقد أجاز القانون نفسه بمقتضى المادة ٢ ، لمالك الرقبة ، أن يطالب بالشفعة فى حالة بيع حق الانتفاع كما تقدم .

وحق التعلى عقار ، بغض النظر عن البناء ، فتثبت فيه الشفعة ، كما تثبت به ، لأنه عبارة عن ملكية الجزء من الفراغ الذى لصاحبه الحق فى البناء فيه . ولذلك فى الدار ذات الطبقات يجوز لكل من أصحاب الطبقات المطالبة بالشفعة اذا تحققت الشروط التى يتطلبها القانون ، كالجوار .

العقود التى تجيز الشفعة والتى لا تجيزها

٧٨٢ — **البيع** — لا تجوز الشفعة الا فى حالة البيع ، حيث جاء فى المادة ٥ من قانون الشفعة :

« لا يصح الأخذ بالشفعة من الموهوب له ، ولا ممن تملك بغير المبايعة » .

« Ce droit n'existe ni contre le donataire ni contre celui qui a acquis autrement que par vente ».

فلا تجوز فى حالة المقايضة (أى المعاوضة أو البدل l'échange) ، وان كانت المقايضة تنتج نفس الآثار التى ينتجها البيع الا ما استثنى . ولكن المادة ٥ من

---

(١) ويوجد فرق مهم بين القانون والشريعة فى هذا الموضوع ، وهو أن القانون يعتبر الغراس والبناء أموالا ثابتة ، أما الشريعة فتعتبرهما منقولات ، فحينئذ لا تجوز فيهما الشفعة الا اذا بيعا مع الأرض ، ولكن اذا بيعا من غير الأرض فلا شفعة فيهما (المادة ١٠٩ من مرشد الحيران) . على أن الامام مالكا يعتبر البناء عقارا ، فتصح فيه الشفعة عنده .

قانون الشفعة لم تذكرها ، خلافا للمادة ٧٠/٩٦ مدنى الملغاة ولأحكام الشريعة .

٧٨٣ — **المقايضة المقترنة بمعدل** — جرى البحث فيما اذا كانت الشفعة تجوز فى المقايضة فى حالة قيام أحد المتعاقدين بدفع فرق أو معدل البدل soulte للآخر . فيرى بعض الشراح عدم التفريق بين ما اذا كان فى المقايضة فرق أو كانت بدون فرق . ويرى بعض آخر وجوب التفرقة ، بأن ينظر الى المبلغ المدفوع فرقا ، فان كان كبيرا ، بحيث يعتبر ثمنا حقيقيا ، فتجوز الشفعة ، لأن العقد يكون فى الواقع بيعا . مثال ذلك أن تحصل مقايضة خمسة أفدنة مقابل فدان و ٤٠٠ جنيه ، فان الشفعة تجوز فى هذه الحالة ، والا لو رفضت الشفعة لوجد العاقدان سبيلا لمنعها ، وهو اضافة عقار بقيمة زهيدة الى الثمن . وعندنا أن الرأى الأخير وجيه ، ومبناه قصد العاقدين . ومتى أجزنا الشفعة فى هذه الحالة فيجب على الشفيع أن يقوم بدفع المبلغ المعتبر فرقا ، وكذلك قيمة العقار . وهذه القيمة تقدر عند الضرورة بمعرفة الخبراء .

واذا كان الفرق قليلا فلا تجوز الشفعة .

٧٨٤ — **الهبة** — لا تجوز الشفعة بسبب الهبة ، كما نصت على ذلك صراحة المادة ٥ من قانون الشفعة .

واذا كانت الهبة بعوض فمن رأى بعض الشراح عدم جواز الشفعة أيضا . وعندنا أنه يصح القول بجواز الشفعة فى حالة العوض ، وأن يلزم الشفيع بدفع الثمن الحقيقى ، لا العوض المسمى فى العقد .

وقد يحصل فى كثير من الأحوال أن يتصف العقد بغير صفته الحقيقية ، كأن يكون مثلا عقد بيع ويجعل فى صورة عقد هبة ، أو العكس ، ففى هذه الأحوال لا يعول على الشكل الظاهر للعقد ، ويكون للشفيع أن يثبت حقيقته بكل طرق الاثبات ، ولو بالقرائن .

٧٨٥ — **الميراث والوصية** — لا تجوز الشفعة بسبب الميراث . كذلك لا تجوز بسبب الوصية .

٧٨٦ — **القسمة** — لا تجوز الشفعة بسبب القسمة ، لأن القسمة معلنة ومقررة لحقوق الشركاء ، وان كان فيها معنى البيع .

٧٨٧ — **فى الصلح** — الصلح الواقع فى ملكية عقار مقابل دفع مبلغ من النقود لا ينبنى عليه طلب الشفعة ، لأنه ليس ناقلا للملكية ، بل مقررا لها ، والمبلغ المدفوع صلحا لا يمثل قيمة العقار ، بل ما قد يكون للطرفين من الحظ فى كسب أو خسارة دعوى بخصوص الملكية . والصلح يقتضى بطبيعته ترك كل طرف شيئا من حقه ، ولا يجوز أن ينتفع الأجنبى بفائدة رتبها القانون فى منفعة شخص معين . فضلا عن أن الصلح بين طرفين ينافى حق الشفعة الذى يتمسك به أجنبى ، لأنه يستلزم من قبل الطرفين واجبات شخصية لا يمكن لهذا الأجنبى أن يقوم بها . وبذلك يتعذر أن يحل الشفيع بالنسبة للبائع محل المشفوع منه فى جميع ما كان له وعليه من الحقوق ، كما تنص على ذلك المادة ١٣ من قانون الشفعة .

عقود البيع التى تجيز الشفعة

٧٨٨ — مما تقدم يرى أن عقود البيع هى فقط التى تجوز فيها الشفعة . ولكن يجب أن تتوافر فى البيع شروط مخصوصة ، فيشترط أن يكون البيع صحيحا ، وأن يخرج المبيع عن ملك البائع . فاذا كان البيع باطلا فلا شفعة .

واذا كان عقد البيع فاسدا ، أى قابلا للبطلان (annulable) ، فمن رأينا أنه لا يجب الرجوع الى أحكام الشريعة الاسلامية ، اذ الرجوع اليها لا يكون الا لسد النقص الواضح فى أحكام الشفعة . وانه لا خطر فى القانون فى طلب الشفعة فى حالة البيع الفاسد ، وهو الذى يكون صحيحا بادىء بدء ، وتترتب عليه النتائج القانونية حتى يفسخ ، كبيع القاصر ، فلا مانع فيه من طلب الشفعة ، فاذا لم يتأيد هذا البيع وفسخ ، فان الشفعة تسقط بطبيعة الحال معه . ولا معنى لانتظار سقوط دعوى الفسخ ، وتحمل الأضرار التى شرعت الشفعة لمنعها طول مدة الانتظار . فتصح الشفعة ، ويحل الشفيع محل المشترى ، ويكون للبائع حق

استرداد المبيع وفسخ البيع فى مواجهة الشفيع ، كما كان له ذلك فى مواجهة المشترى .

٧٨٩ — **البيع المعلق على شرط** — لم يذكر قانون الشفعة شيئا عن البيع المعلق على شرط واقف (condition suspensive) ، أو شرط فاسخ (condition résolutoire) . ونرى جواز الشفعة فى الحالتين . ففى حالة البيع الموقوف نفاذه على شرط ، وان كانت الملكية لا تنتقل ، الا أن مثل هذا الشرط عند تحققه يرجع الى وقت العقد ، ويعتبر البيع نافذا من وقته . ويقوم طالب الشفعة بدفع المبلغ الذى يكون المشترى تحت شرط قد دفعه . وفى حالة البيع المعلق فسخه على شرط يكون العقد موجودا ، وآثاره كلها سارية ، وتنتقل الملكية بالعقد وتسجيله ، فيجب على الشفيع أن يطالب بالشفعة والا سقط حقه اذا لم يعلن رغبته ، فاذا تحقق الشرط يسقط حقه ، كما كان يسقط حق المشترى الذى حل محله .

ويرى فتحى زغلول باشا عدم الشفعة فى حالة البيع الموقوف نفاذه على شرط ، لأن الملكية لا تنتقل ، ولا عبرة بأنها عند تحقق الشرط تعتبر أنها نقلت من يوم البيع ، ولأن خيار التقايل لا يزال موجودا حتى يتحقق الشرط .

٧٩٠ — **بيع الوفاء** (Vente à réméré) — بيع الوفاء هو البيع مع شرط خيار الاسترداد للبائع (مدنى ١٦٥٩/٤٢١/٣٣٨) . ولا فرق بينه وبين البيع المعلق فسخه على شرط الا فى كون تحقق الشرط وعدمه محدود الأجل ، أى أنه يجب فيه تعيين زمن لرد الثمن وأخذ المبيع . وقد اختلف فيما اذا كانت تجوز فيه الشفعة أم لا . فحكمت بعض المحاكم بأنها لا تجوز ، ومن هذا الرأى أيضا بعض الشراح . وحكمت بعض المحاكم بجوازها . ونحن لا نرى ما يمنع الأخذ بالشفعة ، لأن حق الاسترداد يمكن الاتفاق على أن يكون الى خمس سنوات ، وهذا الوقت طويل ، ومن السهل العمل فى خلاله على جعل الشفعة مستحيلة ، وليس هناك ما يدعو الشفيع الى الانتظار خمس سنوات ، فى حين أن

البيع الذى حصل يترتب عليه نقل الملكية فى الحال الى المشترى . وقد يكون الشفيع وقت البيع فى حالة تسمح له بدفع الثمن ، ولكن قد لا يجد الثمن بعد خمس سنين . على أن رفض الشفعة فى هذه الحالة مما يمهد للعاقدين طريقا لعرقلة الشفعة ، وهو اشتراط خيار الاسترداد فى كل بيع ، ثم كتابة ورقة ضد contre lettre فى الوقت نفسه لالغاء هذا الشرط . وبالنسبة للبائع لا يوجد ما يضره اذا استعمل الشفيع حقه وقت البيع ، لأنه اذا شاء الاسترداد فسيان أن يكون الاسترداد ضد المشترى منه أو ضد الشفيع .

٧٩١ — البيع المعلق على شرط عدم استعمال حق الشفعة — يكون البيع صحيحا ، والشفعة جائزة ، والشرط باطل لمخالفته للنظام العام ، لأنه يترتب عليه حرمان غير المتعاقدين من استعمال حق له . على أن هذه المسئلة لا تخلو من آراء أخرى .

٧٩٢ — الاقالة من البيع — توجد الشفعة بمجرد البيع ، فاذا حصل بين البائع والمشترى اقالة برضائهما ، فلا يسقط حق الشفيع فى الشفعة الثابت له بسبب البيع الذى ترتبت عليه الاقالة ، بل انها تجدد للشفيع حق الشفعة اذا كان سقط فى البيع الأول ، لاعتبارها بيعا جديدا . وهذا هو حكم الشريعة .

ويرى بعض الشراح عكس هذا الرأى ، لأن الاقالة عبارة عن اعدام البيع ، وبحصولها يعتبر كأنه لم يكن ، فلا تجوز الشفعة مع عدم بقاء البيع ، ولا تعتبر الاقالة بيعا جديدا يتجدد به للشفيع حق الشفعة ، لأنها هى فسخ بيع سابق ، لا انشاء بيع جديد .

٧٩٣ — البيع الصورى — يشترط ، كما تقدم ، خروج المبيع عن ملك البائع . فاذا ثبت أن البيع الذى بنى عليه طلب الشفعة بيع صورى فلا شفعة .

٧٩٤ — عقد البيع الابتدائى — اذا كان عقد البيع الابتدائى قابلا للعدول عنه نظير دفع تعويض فلا يمكن أن يتولد عنه حق الشفعة . وانما يتولد حق الشفعة من عقد بيع يتحدد به مركز البائع والمشترى ازاء الشفيع بطريقة

نهائية ، كما يستنتج من نص المادة ١٩ من قانون الشفعة ، اذ ورد فيها أنه يستدل على التنازل الضمنى بكل عمل أو عقد يؤخذ منه أن الشفيع عرف المشترى بصفته مالكا للعقار نهائيا ، ولا ريب أن تحقيق هذه الصفة للمشترى يستلزم أن يكون عقده ناقلا للملكية بطريقة نهائية .

٧٩٥ — **عقد البيع غير المسجل** — اختلف الرأى فيما اذا كان البيع غير المسجل يعطى الحق فى الشفعة . فرأى فريق جواز الأخذ بالشفعة ، ولو أن الحق لم يسجل ، لأن البيع ينعقد صحيحا ، بصرف النظر عن التسجيل ، الذى ينحصر أثره فى تقييد نقل الملكية ، ورأى فريق آخر عدم جواز الشفعة لعدم نقل الملكية فى البيع غير المسجل . واستقرت الأحكام على الرأى الأول[1] .

البيوع الصحيحة التى لا تقع فيها الشفعة

٧٩٦ — ذكر قانون الشفعة ثلاثة أنواع من البيع لا تصح فيها الشفعة فى المبيع ، وهى : (١) البيع بالمزايدة . (٢) البيع لبعض الأقارب . (٣) ما بيع لجعله محل عبادة .

٧٩٧ — (١) **البيع بالمزايدة** — نصت الفقرة الأولى من المادة ٣ من قانون الشفعة على أنه :

« لا شفعة فيما بيع بالمزاد لعدم امكان القسمة بين الشركاء عينا أو لنزع الملكية قهرا أمام احدى جهات الادارة أو القضاء » .

« Il n'y a pas lieu à préemption si la vente est faite aux enchères publiques par autorité administrative ou en justice par voie de licitation ou d'expropriation ».

واذا قارنا النص العربى بالفرنسى نرى أن النص العربى صريح فى أنه لا شفعة فى المبيع بالمزايدة ، سواء أحصل أمام احدى جهات الادارة أم أمام

---

(١) راجع مقالنا « اشهار التصرفات العقارية » نبذة ٧٠ وما بعدها ، بمجلة القانون والاقتصاد ، السنة الرابعة (١٩٣٤) ص ٦٩ — ٨١ .

احدى جهات القضاء ، وذلك فى حالتين : (ا) حالة عدم امكان القسمة بين الشركاء عينا ، (ب) حالة نزع الملكية القهرى .

أما النص الفرنسى فيحتمل تفسيرين :

(١) قد يفيد ما يفيده النص العربى تماما ، مع هذا الفرق فى الصياغة ، وهو أنه ذكر حالتى البيع بالمزاد العلنى فى الفقرة ، بدل ذكرها فى أولها كما فعل النص العربى .

(٢) يمكن أن يفسر النص الفرنسى بأنه لا يجوز شفعة البيع بالمزاد :

(ا) أمام جهات الادارة اطلاقا ، أى فى جميع الأحوال .

(ب) أمام جهات القضاء فى الحالتين المنصوص عليهما (وهما عدم امكان القسمة بين الشركاء عينا ونزع الملكية قهرا) .

وقد تعارضت أحكام المحاكم بشأن هذا النص :

(١) فرأت بعض المحاكم أنه اذا أخذ بالمعنى الظاهر كان النص على البيع بمعرفة الادارة لغوا لا معنى له ، لأنه لا توجد حالة من الحالتين المذكورتين فى المادة ٣ فقرة أولى تتولى فيها الجهات الادارية البيع ، بل ان الجهات القضائية هى المختصة باجراء البيع فى هاتين الحالتين . ولكن بالرجوع الى النص الفرنسى يتضح أنه افترض حالتين منفصلتين احداهما عن الأخرى تمام الانفصال : أولاهما حالة البيع الذى يحصل بالمزاد العام بواسطة الادارة ، والثانية حالة البيع الذى يحصل أمام القضاء لعدم امكان القسمة بين الشركاء أو لنزع الملكية قهرا (بواسطة الدائنين) . فاذا باعت احدى الجهات الادارية عقارا مملوكا لها بواسطة المزاد العلنى فلا يكون لأحد حق فى أن يشفع فيه . وبما أن قانون الشفعة الخاص بالمحاكم الأهلية نقل بحروفه عن قانون الشفعة الخاص بالمحاكم المختلطة الصادر قبله ، فيكون قد نقل أولا عن الفرنسية ، ثم ترجم الى العربية ، ويكون النص الواجب الأخذ به واعتباره هو النص الفرنسى ، وخصوصا أنه هو المتفق مع المعقول والمطابق لغرض الشارع .

(٢) وأخذت بعض المحاكم بعكس هذا الرأى ، مقررة أن النص الفرنسى للمادة ٣ ترجمته حرفيا كما يأتى « لا محل للشفعة اذا حصل البيع بالمزاد العام من السلطة الادارية أو أمام القضاء لعدم امكان القسمة أو لنزع الملكية » . ولا شىء فى هذا النص يمنع أن العبارة الأخيرة ، وهى « لعدم امكان القسمة أو لنزع الملكية » ، ترجع الى البيع أمام السلطة الادارية أو أمام القضاء على السواء . والقول بأنه لا توجد حالة يحصل فيها بيع أمام السلطة الادارية لأحد هذين السببين غير صحيح ، لأن الجهات الادارية تنفذ أحكام النفقات الصادرة من المحاكم الشرعية ، كما أنها تنزع ملكية العقارات لسداد الأموال .

ونحن نرى عدم جواز الشفعة : (ا) فى البيع الحاصل أمام جهات الادارة فى جميع الأحوال التى يحصل فيها البيع بالمزايدة أمامها ، و (ب) فى البيع الحاصل أمام جهات القضاء فى الحالتين المنصوص عليهما ، وهما عدم امكان القسمة بين الشركاء عينا ونزع الملكية قهرا ، فالظاهر من النص الفرنسى أن الشارع لم يرد تقييد حالات البيع بالمزاد ، وانما نص على الحالتين المذكورتين فى الفقرة الأولى من المادة ٣ بالنسبة لجهات القضاء ، وهما الحالتان اللتان يكون فيهما البيع بالمزاد العلنى أمام هذه الجهات . والأخذ بهذا الرأى يتفق مع قواعد الشفعة التى يجب عدم التوسع فى حالاتها . مع ملاحظة أن قانون الشفعة قد وضع باللغة الفرنسية ، وصدر أولا بالنسبة للمحاكم المختلطة ، ثم ترجم ، وصدر بعد ذلك بالنسبة للمحاكم الأهلية .

والحكمة من استثناء المبيع بالمزايدة هو أن الذى يريد الأخذ بالشفعة ما عليه الا الحضور فى جلسة المزايدة .

والمزايدة التى يقصدها القانون هى المزايدة العلنية التى تحصل بالنداء بالأثمان حتى يتمكن الشفيع من الدخول فى المزايدة ومن متابعة الزيادة الى أن يرسو عليه المزاد . أما المزادات التى تعطى داخل مظاريف ، ولا يعرف كل مقدار ما عرضه الآخر فلا تعتبر علنية ، بل هى مزايدات سرية لا تمنع شفعة .

٧٩٨ – (٢) البيع لبعض الأقارب – جاء فى الفقرة الثانية من المادة الثالثة من قانون الشفعة :

« وكذلك لا شفعة فيما بيع من الأصول لفروعهم وبالعكس ، ولا فيما بيع من أحد الزوجين ، أو من المالك لأحد أقاربه لغاية الدرجة الثالثة » .

«Il en est de même s'il s'agit de vente entre ascendants et descendants, entre mari et femme ou entre parents jusqu'au troisième degré».

وينطبق حكم الفقرة على كل البيوع التى تقع بين الأصول والفروع ، سواء أكان الأصل أم الفرع هو البائع ، كما هو ظاهر من النص . وتنطبق الفقرة مهما كانت الدرجة بين الأصل والفرع . فلا شفعة اذا باع شخص عقاره لابنه أو لابن ابنه أو لابن ابن ابنه وان نزل ، أو اذا باعه لأبيه أو لجده وان علا .

ولا يصح التوسع فى تفسير الفقرة الثانية من المادة الثالثة من قانون الشفعة ، بل يجب قصرها على الحالة التى تنص عليها فقط . فلا تنطبق على حالة البيع من الأب لزوجة ابنه ، ولا من الأم لزوج ابنتها الخ ، لأن الفقرة المذكورة نصت على البيع الذى يحصل بين الأصول والفروع فقط ، ولم تنص على أزواج الأصول وأزواج الفروع .

والأقارب الذين تنص عليهم الفقرة الثانية من المادة الثالثة من قانون الشفعة هم غير الفروع والأصول ، لأن هؤلاء غير مقيدين بدرجات ، وقد نص عليهم خصيصا . فلا تجوز الشفعة فيما يباع للفروع من الأصول مهما كانت الدرجة كما تقدم . بخلاف الأقارب ، كالأخوات ، والأخوال والأعمام ، وأولاد العم والخال ، وأولاد الأخوات ، فان الشفعة لا تجوز اذا كان البيع لأحد الأقارب لغاية الدرجة الثالثة ، ويجوز اذا كانت درجة القرابة أكثر من ذلك .

وتحسب درجة القرابة بحسب الطريقة المرسومة فى المادة ٢٤٠ مرافعات ، التى جاء فيها : « ويكون احتساب الدرجات على حسب طبقات الأصول طبقة فطبقة الى الجد الأصلى بدون دخول الغاية ، وعلى حسب طبقات الفروع طبقة

فطبقة . . . بدخول الغاية » [١] . وهـذا النص وان كان قد ورد بصدد حالة معينة ، وهى حالة رد أهل الخبرة ، فانه يتضمن القاعدة العامة التى أرادها الشارع المصرى فى احتساب الدرجات ، ولا يعدل عنها الا عند النص على ما يخـالفها فى القانون .

فلا تقبل الشفعة فى البيع الذى يصـدر من أخ لأخيه أو لأولاد أخيه . وأولاد العم وأولاد العمـة يعتبرون من الدرجة الثـالثة ، فلا يسرى عليهم حق الشفعة من الغير ، فالأصل الذى يجتمع فيه ابن العم بالبائع هو الجد ، فيحسب من البائع لأبيه درجـة ، ومن أبيه لعمه درجة ثانية ، لأن الجد وهو الغـاية فى الأصول لا يدخل ، ومن العم لابنه درجة ثالثة .

والحـكمة فى منع الشفعة فيما بيع للأقارب أن البيع فى هذه الحالة شبه هبة مستورة ، ولا يجبر الواهب على هبـة شىء من أمواله على غير ارادته . فاذا بيع لقريب لا يصح لقريب آخر أن يشفع ، ولو كان على درجة واحـدة فى القرابة مع المشترى .

٧٩٩ — (٣) ما يبيع ليجعل محل عبادة — تنص المادة ٦ على أنه :

« لا شفعة فيما بيع ليجعل محل عبـــادة أو ليلحق به » .

« La préemption n'est pas non plus admis si l'immeuble vendu est destiné à l'exercice d'un culte ou doit être annexé à un immeuble déjà affecté à cet usage ».

وليس النص قاصرا على محال العبادة الخاصة بالديانة الاسلامية ، كالمساجد ، بل ينطبق أيضا على محـال العبادة الخاصة بالديانات الأخرى الموجودة بمصر ، كالـكنائس . ولا ينطبق على المستشفيات والملاجىء والتكايا والمدارس ، لأنها ليست محال عبادة ولا ملحقة بها .

---

(١) ونصها باللغة الفرنسية : « Les degrés seront calculés par génération en remontant jusqu'à l'auteur commun, qui ne sera pas compté, et en redescendant sur la ligne collatérale ».

٨٠٠ — الأملاك المعطاة للموظفين بدل المعاش — حكمت محكمة الاستئناف المختلطة بأن لا شفعة فيما تتنازل عنه الحكومة من أملاكها الحرة لموظفيها السابقين بدلا عما يستحقونه من المعاش ، لأن حق الشفعة لا يجوز التوسع فيه . ولكن الظاهر أن هذا العمل هو بيع بكل معانيه ، وتصح فيه الشفعة .

عدم تجزئة العقار المبيع

٨٠١ — حق الشفعة لا يتجزأ indivisible — يجب أن يشمل حق الشفعة جميع الأعيان المبيعة ، فلا يسوغ طلب جزء من المبيع بالشفعة وترك جزء منه ، والا كان فى ذلك تفرقة للصفقة واضرارا بالمشترى ، اذ أن الثمن تقدر جملة واحدة بصرف النظر عن قيمة كل جزء على حدته ، وقد يكون الجزء المشفوع فيه أصقع من باقى الأجزاء الأخرى ولولاه لما رغب المشترى فى أن يأخذ جملة الصفقة .

وقد ذكرت هذه القاعدة المادة ١١ من قانون الشفعة ، حيث قررت : « اذا بيع العقار لعدة أشخاص مشاعا بينهم فلا تجوز الشفعة الا فيه بتمامه ، أما اذا عينت فى العقد حصة كل منهم مفروزة كان للشفيع الحق فى طلب أخذه بتمامه أو أخذ حصة واحدة أو أكثر مع مراعاة القواعد المقررة لطلب الأخذ بالشفعة » .

فالمادة ١١ تنص على حالتين : (١) على أنه اذا بيع عقار على الشيوع لعدة أشخاص فيجب على الشفيع أن يأخذ كل العقار ، (ب) على أنه اذا بيع العقار لعدة أشخاص ، مع تعيين حصة كل منهم مفروزة ، يكون للشفيع الحق فى طلب أخذ العقار بتمامه أو أخذ حصة واحدة أو أكثر . فهذا الخيار المعطى للشفيع يثبت له بمجرد كونه حائزا لسبب الأخذ بالشفعة بالنسبة للعقار بتمامه ، بدون وجوب توافر هذا السبب بالنسبة لكل حصة من الحصص المطلوب أخذها بالشفعة ، بشرط أن يكون فى ممارسته لهذا الحق تحقيق للغرض المقصود من الأخذ بالشفعة ، وهو

رفع ضرر الجوار المحتمل ، ولذا لا يجوز للشفيع أن يترك الجزء المبيع المجاور لأرضه و يأخذ الجزء البعيد عنه من كل جهة ، بل يجب أخذ الجزء المجاور له أو كل أجزاء العقار جملة واحدة أو الجزء المجاور له وما يتصل به من الأجزاء الأخرى ، ولو كان بعض هذه الأجزاء غير متوافر فيه ذاته شرط الجوار ، كملك الشفيع من جهتين مثلا .

هذا اذا كان العقار المبيع واحدا . أما اذا كان المبيع عقارات متعددة فتجب التفرقة بين ما اذا كانت منفصلا بعضها عن بعض أو كانت متصلة . فان كانت العقارات منفصلا بعضها عن بعض فيجوز للشفيع أن يأخذ العقارات التى توجد شروط الشفعة بالنسبة لها ، لا العقارات الأخرى التى لا تتوافر فيها شروط الشفعة والتى لا يمكن أن يستعمل حقه بالنسبة لها فيما لو بيعت مستقلة . غير أنه اذا كانت العقارات غير متصلة ، ولـكنها مخصصة لعمل واحد أو لطريقة استغلال واحدة ، بحيث ان استعمال حق الشفعة بالنسبة لجزء منها يجعلها غير صالحة بالنسبة للباقى ، كما اذا بيعت قطع متفرقة من الأرض منفصل بعضها عن بعض ، وكانت معـدة للانتفاع بما ينتج من محصولهـا فى ادارة « وابور » لحلاجة القطن أو « فاوريقة » سكر ، فيجوز فى هذه الحالة للمشترى أن يجبر الشفيع على أخذ كل الصفقة حتى لا يترك له أجزاء من المبيع لا تحقق الغرض الذى كان يقصده من الشراء .

واذا شمل البيع جملة عقارات ، وكان مقدرا لها ثمن واحد ، فان قيمة العقار المشفوع تقدر بواسطة تعيين خبراء ، بنسبة الثمن المقدر لـكل الصفقة ، مع مراعاة مساحة العقار المشفوع وموقعه وصقعه .

أما اذا كانت العقارات المبيعة متصلة ، فيجب على الشفيع أن يأخذ كل العقارات . وكذلك الحال فيما اذا كانت العقارات المبيعة بعضها متصل و بعضها غير متصل . غير أنه يجب مراعاة ما تقدم ذكره فى حالة ما اذا كان الغرض من الصفقة عملا واحدا .

الاجراءات الواجب مراعاتها للأخذ بالشفعة

٨٠٢ — بمقتضى قانون الشفعة يجب على الشفيع مراعاة ما يأتى :
أولا — اعلان رغبته فى الشفعة .
ثانيا — رفع الدعوى .

أولا — اعلان رغبة الشفيع

٨٠٣ — نصت المادة ١٤ من قانون الشفعة على أنه « يجب على من يرغب الأخذ بالشفعة أن يعلن للبائع والمشترى طلبه لها كتابة على يد محضر . ويكون هذا الاعلان مشتملا على عرض الثمن وملحقاته الواجب دفعها قانونا . ولأجل أن يكون هذا الاعلان حجة على الغير يجب تسجيله فى قلم رهونات المحكمة المختلطة الكائن بدائرتها العقار . واذا كانت الشفعة بين وطنيين يكتفى باجراء هذا التسجيل بقلم كتاب المحكمة الابتدائية الأهلية الكائن بدائرتها العقار المطلوب أخذه بالشفعة . وعلى هذه المحكمة أن تبعث بصورة منه الى قلم رهونات المحكمة المختلطة الكائن بدائرتها العقار لتجرى تسجيله من تلقاء نفسها . ولا يكون هذا الاعلان حجة على الغير من تبعة الدول الأجنبية الا من تاريخ التسجيل الأخير . . » .

فبمقتضى قانون الشفعة يجب مراعاة الشروط الآتية فى اعلان الرغبة :
(١) الاعلان كتابة على يد محضر .
(٢) اعلان البائع والمشترى .
(٣) عرض الثمن وملحقاته .
(٤) أن يكون الاعلان فى ظرف خمسة عشر يوما من وقت العلم بالبيع .

٨٠٤ — (١) **الاعلان كتابة على يد محضر** — نصت المادة ١٤ على أنه يجب على من يرغب الأخذ بالشفعة أن يعلن للبائع والمشترى طلبه لهما كتابة على يد محضر . ولكن المادة لم تنص على حكم عدم مراعاة هذا الشرط . وقد

اختلف فى ذلك . فيرى بعض الشراح والمحاكم أنه يجوز أن يكون الاعلان غير رسمى ، ولو بخطاب فى البريد ، وان كان الأولى أن يكون الاعلان رسميا ، لما فى اتباع غير هذه الطريقة من مشاق الاثبات . ويرى بعض آخر أن المادة ١٤ من قانون الشفعة فرضت على الشفيع ، بطريق الالزام ، أن يعلن للبائع والمشترى طلبه الأخذ بالشفعة كتابة على يد محضر ، والا لا تكون له قيمة قانونية وكأنه لم يحصل . ونحن نفضل هذا الرأى ، لأن النص صريح فى وجوب أن يكون الاعلان كتابة على يد محضر ، فلا يكفى أن يكون بخطاب ، ولم ينص الشارع فى المادة ١٤ على البطلان اكتفاء بالمادة ١٩ التى تقول ان حق الشفعة يسقط « اذا لم يظهر الشفيع رغبته فى الأخذ بالشفعة فى ظرف ١٥ يوما من وقت علمه بالبيع أو من وقت تكليفه رسميا بابداء رغبته » ، واظهار الرغبة يكون ، كما تقضى بذلك المادة ١٤ ، باعلان كتابى على يد محضر للبائع والمشترى ، وأن يكون مشتملا على عرض الثمن وملحقاته . فاذا لم يحصل بهذه الكيفية فى المدة المعينة يسقط حق الشفيع فى الشفعة .

٨٠٥ — (٢) **اعلانه البائع والمشترى** — يجب أن يعلن طلب الأخذ بالشفعة الى البائع والمشترى . وليس من الواجب انذار البائع والمشترى باعلان واحد .

وليس الاعلان واجبا اذا رفعت دعوى الشفعة فى ظرف الخمسة عشر يوما المقررة للاعلان ، لأن القانون لم ينص على بطلان دعوى الشفعة اذا لم يعمل اعلان اظهار الرغبة بورقة مستقلة وسابقة على اعلان دعوى الشفعة . فمن الجائز اذن الاقتصار على اجراء ذلك فى ذات اعلان الدعوى ، أى أن الاعلان المذكور يقوم فى هذه الحالة مقام طلب اظهار الرغبة ، ما دام مستكملا جميع محتويات اعلان الرغبة ، وما دام مقدما فى الميعاد .

٨٠٦ — (٣) **عرض الثمن وملحقاته** — يجب أن يكون اعلان الرغبة مشتملا على عرض الثمن وملحقاته الواجب دفعها قانونا (المادة ١٤ فقرة أولى) .

وقد اختلفت المحاكم فى تفسير المراد من « العرض » الواجب عمله فى اعلان الشفعة . فمنها من رأى وجوب العرض الحقيقى . ومنها من رأى الاكتفاء بالعرض البسيط . وأصدرت محكمة الاستئناف الأهلية أحكاما متباينة فى هذه المسئلة . وطرح هذا الموضوع على دوائر محكمة الاستئناف مجتمعة ، فقررت فى سنة ١٩٢٣ (١) أنه ليس من الضرورى لصحة طلب الشفعة أن يكون مصحوبا بعرض الثمن وملحقاته عرضا حقيقيا ، اذ لم يرد فى قانون الشفعة أى نص يحتم ذلك ، ومن ثم فانه يكفى قانونا أن يعرض الثمن عرضا بسيطا ، الا أنه للمحكمة ، اذا رأت أن الدعوى مرفوعة لمجرد المكيدة ، أن تحدد ميعادا ليودع فيه الشفيع الثمن وملحقاته بخزانة المحكمة ، كما أن لها أيضا ، بناء على طلب المدعى عليه ، أن تحدد فى حكمها ميعادا ليدفع فيه الثمن والا سقط حقه فى الشفعة . واستقرت الأحكام على ذلك .

٨٠٧ — *الثمن الصورى* — يجب على الشفيع أن يعرض الثمن الوارد فى عقد البيع . ولكن اذا اتفق البائع والمشترى على زيادة المبلغ فى العقد ، فقد اختلفت المحاكم فى مقدار المبلغ الواجب عرضه . فمنها من رأى أنه يجب على الشفيع أن يعرض الثمن برمته الوارد فى العقد ، بما فيه الزيادة التى يطعن فيها ، مع حفظ حقه فى اثبات صوريته ، فاذا عرض الثمن الذى يدعى أنه حقيقى فلا يعتبر هذا العرض صحيحا . ومنها من رأى أن العمل بالرأى الأول ربما كان فيه فرصة سانحة للمشترى ، بها يمنع الشفيع من الأخذ بحقه فى الشفعة ، وذلك بوضعه فى العقد بصفة صورية ثمنا باهظا يستحيل على الشفيع أن يحصل عليه ، خصوصا اذا أخذ برأى من يقول بوجوب العرض الحقيقى ، ولذا يكتفى أصحاب هذا الرأى بعرض الثمن الذى يعتقده الشفيع صحيحا محملا اياه تبعة اثبات صورية الزيادة ، فاذا عجز عن اقامة الدليل على ذلك فلا يعتبر أنه قام بما فرضه عليه قانون الشفعة

---

(١) حكم ٢٩ مارس ١٩٢٣ المجموعة ٢٤ رقم ٢٦ ص ٤١ المحاماة ٣ رقم ٢٠٠ ص ٢٦٦ ، المحاماة ٦ رقم ١٩٣ ص ٢٤١ .

من عرض الثمن وملحقاته ، ويسقط حقه فى الشفعة ، ولا يفيده أن يعرض بقية الثمن بعد ذلك اذا كان الميعاد المنصوص عليه فى المادة ١٩ من قانون الشفعة قد انقضى (١) .

٨٠٨ — **ملحقات الثمن** — يجب على الشفيع أن يعرض ملحقات الثمن وهى المصاريف الرسمية Les frais et Légitimes accessoires du prix loyaux coûts ، أى مصاريف العقد ، ومصاريف التسجيل ، والسمسرة التى دفعها المشترى المطلوب الأخذ منه بالشفعة ، وكل المصاريف التى اضطر المشترى لدفعها للحصول على مشتراه ، وليس للشفيع أن يعترض على القيمة التى دفعت أو على ضرورة دفعها ما دامت أنها لم تدفع أو يبالغ فيما دفع منها اضرارا بحقوقه .

أما المصاريف الضرورية أو النافعة التى أجراها المشترى فيلزم الشفيع بها أيضا ، لا بناء على القواعد الخاصة بحق الشفعة ، بل بناء على قواعد العدالة التى تقضى بألا يثرى شخص على حساب غيره ، وعلى ذلك فليس من الضرورى أن تعرض مع الثمن وملحقاته ، لأنها ليست داخلة ضمنها ولم تعمل الا بعد الشراء .

٨٠٩ — (٤) **الاعلان فى ظرف ١٥ يوما من وقت العلم** — يجب أن يكون اعلان الرغبة فى ظرف خمسة عشر يوما من وقت علم الشفيع بالبيع ، أو من وقت تكليفه رسميا بابداء رغبته فى الأخذ بالشفعة . وهذا الميعاد مذكور فى المادة ١٩ فقرة ثانية التى تقرر أن حق الشفعة يسقط « اذا لم يظهر الشفيع رغبته فى الأخذ بالشفعة فى ظرف ١٥ يوما من وقت علمه بالبيع أو من وقت تكليفه رسميا mise en demeure بابداء رغبته سواء كان بناء على طلب البائع أو بناء على طلب المشترى ، ويزاد على هذه المدة عند الاقتضاء ميعاد المسافة » (٢) .

---

(١) راجع نقض ٢ ابريل ١٩٢٦ ملحق مجلة القانون والاقتصاد ٦ ص١٧٥ رقم ٥٣ .

(٢) ولم تذكر المادة ١٩ أية مسافة يزاد ميعادها ، ولكن بما أنها مختصة باعلان ابداء رغبة الشفيع الى البائع والمشترى فتكون المسافة المقصودة هنا هى المسافة بين محل الشفيع ومحل البائع أو المشترى .

٨١٠ — **التكليف الرسمى بابداء الرغبة** — تنص المادة ٢١ على أنه « يجب أن يعلن التكليف الرسمى mise en demeure المنصوص عنه فى الفقرة الثانية من المادة التاسعة عشرة على يد محضر ، وأن يشتمل على البيانات الآتية والا عد لاغيا ، وهذه البيانات هى :

أولا — بيان العقار الجائز أخذه بالشفعة بيانا دقيقا مع تعيين موقعه وحدوده ومقاسه .

ثانيا — بيان الثمن وشروط البيع واسم ولقب وصنعة ومحل سكن كل من البائع والمشترى » . أى البيانات الكافية الخاصة بالمشترى والبائع ، حتى يمكن الشفيع أن يعلن رغبته اليهما من غير تأخير .

والثمن الواجب ذكره فى الأخطار — والا كان لاغيا — هو الثمن المبين فى العقد ، فاذا كان الثمن المذكور هو غير الثمن الحقيقى فللشفيع أن يطعن فيه ، ويثبت بجميع الطرق القانونية مقدار الثمن الحقيقى ، ولكن يجب عليه أن يبدى رغبته فى ظرف الخمسة عشر يوما من وقت الاخطار . فاذا كان الثمن المذكور فى الاخطار لا يطابق الثمن المذكور فى العقد ، أو اذا كانت البيانات الأخرى المشترطة فى المادة ٢١ تخالف البيانات المذكورة فى العقد ، كان الاخطار لاغيا ، ولا يترتب عليه سريان الخمسة عشر يوما المسقطة لحق الشفيع .

٨١١ — **العلم** — لأجل أن يسقط حق الشفيع لعدم المطالبة فى مدة الخمسة عشر يوما من وقت علمه بالبيع لا يكفى أن يكون قد علم بحصول البيع ، بل يلزم أيضا أن يكون قد عرف المشترى وثمن المبيع وباقى شروط البيع .

وقد بينت المادة ٢١ الشروط التى يجب أن يشتمل عليها اعلان تكليف الشفيع بابداء رغبته والا عد لاغيا ، فاذا علم الشفيع بالبيع من طريق آخر غير طريق التكليف بابداء رغبته فيجب أن يكون قد عرف هذه الشروط أيضا حتى يمكنه أن يقدر ما اذا كان يأخذ بالشفعة أم لا .

والاخطار الرسمى غير لازم ، فيجوز اخطار الشفيع شفهيا ، أو أمام شهود ،

أو بواسطة خطاب فى البريد . والأفضل عمل الاخطار رسميا على يد محضر ، لسهولة الاثبات . على أن المشترى غير ملزم بأن يخطر الشفيع بحصول الشراء .

ويجوز استخلاص العلم من ظروف الأحوال ، مثلا من كون الشفيع والمشترى جارين وبينهما قرابة وكون المشترى أدار حركة العين ادارة ملك ونقل التكاليف لاسمه ودفعه الأموال .

٨١٢ — **اثبات العلم** — الذى عليه اثبات العلم هو المدعى عليه فى الشفعة ، ويمكنه أن يثبته بجميع الطرق المقررة فى القانون ، بما فيها الاثبات بالبينة (المادة ٢٠) .

٨١٣ — **الرجوع فى الرغبة** — اذا أبدى الشفيع رغبته وفقا للمادة ١٤ فلا يوجد ما يمنع رجوعه عن طلبه ، وليس هناك ما يشكو منه المشفوع منه ، لأنه برجوع الشفيع عن طلب الشفعة يستبقى ملكا رغب هو فى شرائه ، ولكن اذا قبل المشفوع منه طلب الشفيع وأعلم هذا الاخير برضائه فانه فى هذه الحالة لا يجوز للشفيع أن يرجع لحصول تعاقد صريح بين الطرفين .

ثانيا — رفع دعوى الشفعة

٨١٤ — نص قانون الشفعة فى المادة ١٥ على الآتى : « ترفع دعوى الشفعة على البائع والمشترى أمام المحكمة الكائن بدائرتها العقار فى ميعاد ثلاثين يوما من تاريخ الاعلان المنصوص عنه فى المادة الرابعة عشرة ، والا سقط الحق فيها » .

والذى يرفع الدعوى هو الشفيع . ويجوز للوكيل فى الادارة أن يشفع فى عقار باسم موكله . ولا يسوغ للقاصر أن يقيم دعوى الشفعة الا بوصيه ، واذا كان الوصى هو البائع لزم أن يعين قاضى الأحوال الشخصية وصيا آخر يطلبها له .

وترفع دعوى الشفعة على البائع والمشترى معا .

٨١٥ — **ميعاد التكليف بالحضور** — قضت المادة ١٥ من قانون

الشفعة بسقوط الحق فى الأخذ بالشفعة اذا لم ترفع الدعوى فى مدة ثلاثين يوما من تاريخ اعلان الشفيع برغبته الأخذ بالشفعة ، وفقا للمادة ١٤ .

ويجب اعلان ورقة افتتاح الدعوى الى كل من البائع والمشترى فى الميعاد المذكور ، والا سقط الحق فى الشفعة .

ولا حق للشفيع فى ميعاد للمسافة فوق الميعاد المنصوص عليه فى المادة ١٥ ، لأن طبيعة الشفعة ونظر الشارع لها يجعلان السكوت عن ذكر المسافة فى المادة ١٥ ، وذكرها فى المادة ١٩ ، ذا معنى خاص يخرج مسألة المسافة فى الشفعة عن القاعدة العامة التى قررها قانون المرافعات فى المادة ١٧ ، ويسقط الحق فى ميعاد خاص للمسافة فوق ميعاد الثلاثين يوما كالمنصوص عليه فى المادة ١٥ من قانون الشفعة .

٨١٦ — **الحكم بوجه السرعة** — دعاوى الشفعة من القضايا المستعجلة ، فيجب أن يحكم فيها دائما على وجه السرعة (المادة ١٦) .

٨١٧ — **المعارضة والاستئناف** — لا تقبل المعارضة فى الأحكام الغيابية الصادرة فى الشفعة [1] . وميعاد استئنافها ١٥ يوما من يوم اعلانها » (المادة ١٧) [2] .

٨١٨ — **الحكم** — «الحكم الذى يصدر نهائيا بثبوت الشفعة يعتبر سندا لملكية الشفيع ، وعلى المحكمة تسجيله من تلقاء نفسها » (المادة ١٨) .

وتراعى بخصوص التسجيل وما يترتب عليه نصوص المادة ١٤ السابق ذكرها .

---

(١) وهذا النص يسرى على جميع أحكام الشفعة ، سواء أكانت صادرة من محكمة أول درجة ، أم من محكمة استئنافية .

(٢) قد يؤخذ من النص أن ميعاد استئناف الأحكام الغيابية هو ١٥ يوما ، ولكن المقصود أن ميعاد استئناف أحكام الشفعة هو ١٥ يوما ، كما يدل على ذلك النص الفرنسى للمادة ٢ ، فقد جاء فيه : «Le jugement ne sera pas susceptible d'opposition. Le délai d'appel sera de quinze jours à partir de la signification du jugement.»

ما يترتب على حق الشفعة

٨١٩ — لا يثبت الملك للشفيع فى المبيع الا بقضاء القاضى أو بتسلمه من المشترى بالتراضى . ومتى ثبت له الملك فله أن يتصرف فيه كيف شاء .

ويترتب على الشفعة حلول الشفيع محل المشترى ، كما نصت على ذلك الفقرة الأولى من المادة ١٣ ، حيث قررت « يحل الشفيع بالنسبة للبائع محل المشفوع منه فى كافة ما كان له وعليه من الحقوق . . . » ، أى أنه متى قضى للشفيع بأخذ العقار يزول كل ارتباط قانونى بين البائع والمشترى ، ويحل الشفيع محل المشترى لدى البائع فى كل علاقة تتعلق بالبيع . ويعتبر البيع كأنه حصل للشفيع من البائع ، وتترتب على ذلك النتائج الآتية :

٨٢٠ — **من حيث الثمن** — يجب على الشفيع دفع الثمن الى البائع ، ولا لزوم لأن يسلمه بواسطة المشترى . ولا يستفيد الشفيع من تأجيل الثمن الذى يكون البائع سمح به الى المشترى ، وقد نص القانون صراحة على ذلك ، اذ جاء فى المادة ١٣ : « على أن المشترى اذا استحصل (حصل) على تأجيل الثمن لا ينتفع الشفيع من هذا التأجيل الا برضاء البائع » . وذلك لتفاوت الناس فى اليسار والاعسار وايفاء الحقوق [1] ، هذا اذا لم يكن المشترى دفع الثمن الى البائع ، فان كان قد قام بدفعه فانه هو الذى يكون دائنا بالثمن ، ككل انسان يقوم بدفع دين آخر (مدنى ٢٢٤/١٦١) ، ويكون له الحق أيضا فى فوائد الثمن ، غير أنه يجب خصم الفوائد من الثمار التى يكون المشترى حصلها من وقت اعلان الشفيع لغاية التسليم ، اذ أنه ملزم برد هذه الثمار ، نظرا لأثر الحكم الرجعى .

---

(١) راجع استئناف مختلط ١٠ مارس ١٩٢١ (٣٣ ص ٢١٠) ، وقد قرر هذا الحكم أن تأجيل الثمن لا يرفض للشفيع الا اذا لم يقبل البائع صاحب الشأن فى ذلك ، وعليه اذا قدم الشفيع فى الجلسة الجزء المدفوع من الثمن ولم يعترض البائع على هذا الدفع الجزئى فليس للمشفوع منه أن يحتج بعدم قيام الشفيع بأداء كل الثمن .

وليس للمشفوع منه أن يطلب مبلغا أكثر من ثمن المبيع بدعوى أن العين المشفوعة قد زادت قيمتها ، اذا كانت هذه الزيادة عامة ، وليست من فعل المشترى ، ولا للشفيع أن يطلب انقاص الثمن بدعوى أن العين قد نقصت قيمتها ، وذلك لأن الشفيع يحل محل المشترى ، وعليه أن يقوم بدفع ثمن المشترى وتوابعه .

٨٢١ — **من حيث الاستحقاق للغير** — اذا استحق العقار المشفوع للغير بعد الأخذ بالشفعة فان رجوع الشفيع يكون على البائع ، كما قررت ذلك الفقرة الثانية من المادة ١٣ التى نصها « واذا ظهر بعد الأخذ بالشفعة أن العقار المشفوع مستحق للغير فليس للشفيع أن يرجع الا على البائع » .

٨٢٢ — **من حيث العيوب الخفية** — كذلك يكون البائع مسئولا عن العيوب الخفية فى الشىء المشفوع ، لأن للمشترى الحق فى الرجوع على البائع من أجلها ، وقد حل الشفيع محله فى هذا الحق .

ولكن اذا كان المشترى قد تنازل عن حق الرجوع من أجل العيوب clause de non garantie ، فالذى نراه هو أنه لا يكون للشفيع حق الرجوع ، لأنه باستعماله حق الشفعة يعتبر أنه قبل كل اشتراطات العقد المتفق عليها بين البائع والمشترى ، وان كان الحكم مختلفا فى الشريعة الاسلامية لاعتبارها الأخذ بالشفعة شراء جديدا . واذا توصل الشفيع الى اثبات أن البائع كان يعلم بوجود العيوب الخفية عند ما اشترط عدم ضمانه فله أن يلزمه بالضمان (مدنى٣٢١/٣٩٦) ، وفقا للقواعد العامة .

٨٢٣ — **وقت امتلاك الشفيع** — اختلفت المحاكم فى الوقت الذى يمتلك فيه الشفيع العقار المشفوع فيه : فرأى بعضها أن امتلاكه يستند الى وقت بيع العقار المشفوع فيه . ورأى بعض أنه يستند الى وقت طلب الشفعة . ورأى بعض آخر أن حكم الشفعة ناقل للملك ، فالشفيع يمتلك من وقته ونحن نرى أن امتلاك الشفيع يكون من وقت الحكم أو التراضى . فالشفيع بمجرد البيع يكون له

الحق فى أن يطالب بالشفعة ، ولـكن لا تنتقل اليه ملـكية العقار المبيع الا اذا سلم المشترى له بالشفعة أو قضى له بها . وقبل ذلك تكون الملـكية للمشترى . وانما قيد القانون تصرفات المشترى ببعض القيود اذا حصلت بعد طلبه الشفعة أو تسجيل ذلك الطلب كما سنبينه فى النبذتين التاليتين[١] .

٨٢٤ — **التصرفات الواقعة من المشترى** — بالنسبة للتصرفات بأنواعها التى تقع من المشترى ، مثل البيع والرهن ، تجب التفرقة بين ما اذا كانت قبل تسجيل طلب الشفعة المنصوص عليه فى المادة ١٤ ، أو بعده .

فاذا كانت قبل تسجيل طلب الشفعة فهى صحيحة معتبرة ، ولذلك نص فى المـادة ٩ على أن « العين الجائز أخذها بالشفعة اذا باعها مشتريها قبل تقديم طلب ما بالشفعة فيها وتسجيله كما هو مذكور فى المادة الرابعة عشرة الآتية لا تقام دعوى أخذها بالشفعة الا على المشترى الثانى بالشروط التى اشترى بها » . ولا تقبل دعوى الشفعة اذا رفعت على المشترى الأول فقط .

غير أن للشفيع أن ينازع المشترى الثانى اذا رأى أن مشتراه صورى بقصد منع الشفعة بالثمن والشروط التى حصل بها البيع الأول ، واذا أثبت ذلك يحكم له بالشفعة بالثمن الحقيقى ، واذا قام لدى المحكمة شك فى جدية البيع الثانى فالشك يؤول لمصلحة المدعى عليه فى دعوى الشفعة .

ويترتب على المادة ٩ المتقدم ذكرها التى تقضى بان الشفعة انما تطلب من المشترى الثانى منع الشفعة اذا كان البيع حاصلا من الأصول الى الفروع . فاذا باع المشترى العين المشفوعة الى ولده قبل طلب الشفعة فلا شفعة .

واذا كانت التصرفات حصلت بعد تسجيل طلب الشفعة فقد نصت المادة ١٢ على أن « كل رهن من المشترى وكل حق اختصاص حصل عليه دائنوه

---

(١) راجع كتابنا « الشفعة » نبذة ٤٠٢ — ٤٠٦ .

وهذا يوافق حكم الشريعة الاسلامية الذى يقضى بأن امتلاك العقار قضاء كان أو رضاء يعتبر شراء جديدا فى حق الشفيع .

وكل بيع وكل حق عينى قبله المشترى أو اكتسبه الغير ضده بعد التاريخ الذى سجل فيه طلب الشفعة طبقا للمادة الرابعة عشرة الآتية لا يسرى على الشفيع ، ويبقى مع ذلك لأصحاب الديون الممتازة وللدائنين المرتهنين ما كان لهم من حقوق الأولوية فيما آل للمشفوع منه من ثمن ذلك العقار » ، أى أن حقوقهم لا تكون على العقار نفسه ، بل تنتقل الى الثمن .

٨٢٥ — البناء والغراس — نص قانون الشفعة فى المادة ١٠ على حكم البناء والغراس ، فقرر أنه « اذا بنى المشترى فى العقار المشفوع أو غرس فيه أشجارا قبل طلب الأخذ بالشفعة يكون الشفيع ملزما بناء على رغبة المشترى اما أن يدفع له ما صرفه أو ما زاد فى قيمة العقار بسبب البناء أو الغراس (١) ، أما اذا حصل البناء أو الغراس بعد طلب الأخذ بالشفعة فللشفيع الخيار ان شاء طلب ازالتهما وان شاء طلب بقاءهما ، وفى هذه الحالة لا يلزم الا بدفع قيمة الأدوات وأجرة العمل أو مصاريف الغراس (٢) ، أما ما صرف فى حفظ العقار وصيانته فيلزم دفعه فى كل الأحوال للمشترى المشفوع منه » .

مسقطات الشفعة

٨٢٦ — أهم الأسباب التى يسقط بها حق الشفعة هى الآتية :

٨٢٧ — أولا — التنازل — وقد نصت عليه المادة ١٩ فقرة ١ من قانون الشفعة ، حيث جاء فيها « يسقط حق الشفعة فى الأحوال الآتية : أولا — اذا حصل التنازل عنه صراحة أو ضمنا . ويستدل عن التنازل الضمنى بكل عمل أو عقد يؤخذ منه أن الشفيع عرف المشترى بصفة مالك للعقار نهائيا » .

ويجب أن يكون التنازل قطعيا ، لا معلقا على شرط ، كما يؤخذ من لفظ « نهائيا » .

---

(١) وهذا موافق لرأى أبى يوسف والشافعى ومالك .

(٢) وهذا موافق لرأى الامام أبى حنيفة .

ولا يوجد فى القانون المصرى ما يمنع ترك حق الشفعة مقابل تعويض .

ومن المقرر أن الحق لا يتنازل عنه الانسان الا اذ كان موجودا ، و بما أن حق الشفعة لا وجود له الا بعد حصول البيع ، فكل تنازل عن الأخذ بالشفعة قبل البيع لا يحرم المتنازل من حقه فى طلب الشفعة .

ومن الأمور التى يؤخذ منها التنازل الضمنى استئجار الشفيع من المشترى العقار المبيع ، ودفع قيمة الايجار للمشترى ان كان العقار مؤجرا من البائع قبل البيع ، والاتفاق على حقوق الارتفاق ، أو قسمة العقار قسمة زراعية ان كان مشتركا ، كذلك التنازل عن الشفعة للغير ، لأن حق الشفعة من الحقوق الشخصية التى لا يجوز لصاحبها أن يتنازل عنها لغيره ، بل التنازل عنها يعد اسقاطا لها .

و يجوز اثبات التنازل الضمنى عن حق الشفعة بجميع طرق الاثبات المقررة فى القانون ، بما فيها الاثبات بالبينة (المادة ٢٠ من قانون الشفعة) . وانه وان كان جائزا اثبات التنازل الضمنى بالبينة فانه لا يجوز اثبات التنازل الصريح بها ان كان المشفوع به تزيد قيمته على ألف قرش .

و يحصل التنازل الصريح فى أى وقت لغاية يوم الحكم ، اذ يجوز للشفيع بعد أن يطلب العين المبيعة بالشفعة أن يتنازل عنها .

وحق الشفعة يتجدد و يمكن استعماله عند كل انتقال للملكية ، فاذا تنازل شفيع عن حق شفعته فهذا التنازل لا يحتج به عليه اذا ما انتقلت الملكية لمالك جديد ، فانه يجوز له فى هذه الحالة أن يطالب بالشفعة .

سقوط حق الشفعة :

٨٢٨ — ثانيا — عدم اظهار الرغبة فى الميعاد — « اذا لم يظهر الشفيع رغبته فى الأخذ بالشفعة فى ظرف ١٥ يوما من وقت علمه بالبيع أو من وقت تكليفه رسميا بابداء رغبته سواء كان بناء على طلب البائع أو بناء على طلب المشترى ، و يزاد على هذه المدة عند الاقتضاء ميعاد المسافة » (المادة ١٩ ثانيا) .

و يجوز اثبات العلم بجميع طرق الاثبات المقررة فى القانون ، بما فيها الاثبات بالبينة (المادة ٢٠) .

٨٢٩ — ثالثا — عدم رفع الدعوى فى الميعاد — يسقط حق الشفيع اذا لم يرفع الدعوى فى ميعاد ثلاثين يوما من تاريخ اعلان الرغبة (المادة ١٥) .

٨٣٠ — رابعا — مضى ستة أشهر من تسجيل البيع — « يسقط الحق فى الشفعة فى سائر الأحوال بعد مضى ستة أشهر [١] من يوم تسجيل عقد البيع ، وذلك بالنسبة لكافة الشفعاء ولو كان الشفيع غير أهل للتصرف أو غائبا » (المادة ٢٢) [٢] .

وللمشترى المشفوع ضده أن يتمسك بسقوط الحق فى هذه الحالة متى أثبت أن عقد بيعه قد تسجل ، وأنه مضى ستة أشهر من يوم التسجيل من غير أن يستعمل الشفيع حقه ، ولا يطلب منه أن يثبت علم الشفيع بالبيع أو غير ذلك ، لأن القانون فرض هنا علم الشفيع بحصول البيع بمضى مدة الستة الشهور المذكورة .

٨٣١ — وقد نص القانون على أن سقوط الحق يكون بالنسبة لجميع الشفعاء حتى الغائب ومن كان غير أهل للتصرف ، وانه وان كان القانون لم يأت بنص يشبه هذا النص فى الحالتين السابقتين ، أى حالة سقوط الحق لعدم رفع الدعوى فى ميعاد ثلاثين يوما من تاريخ الاعلان ، وحالة عدم اظهار الرغبة فى الأخذ بالشفعة فى ظرف خمسة عشر يوما من وقت العلم بالبيع أو من وقت التكليف بابداء الرغبة ، فان سقوط الحق يكون بالنسبة للجميع أيضا ، ولا يقفه

---

(١) استئناف مختلط ١٨ نوفبر ١٩٢٤ : ستة الأشهر التى قررها الشارع المصرى لسقوط الحق فى الشفعة من يوم تسجيل عقد البيع يجب احتسابها بحسب السنين الهجرية — راجع أيضا استئناف مختلط ٢٢ مارس ١٩٢١ (٣٣ ص ٢٢٣) ، ١٨ نوفبر ١٩٢٤ (٣٧ ص ١٦) .

(٢) والنص الفرنسى للمادة معيب ، حيث استعمل لفظ prescrit ولفظ prescription ، فقال فى أول المادة Le droit de préemption est prescrit ، وفى آخرها Cette prescription court même contre les incapables. ، والصواب استعمال لفظ déchéance وهو الذى يسرى ضد كل الناس حتى الغائبين ومن كان غير أهل للتصرف .

كون الشفيع غير أهل للتصرف أو غائبا .

٨٣٢ — **خامسا — بطلان البيع** — تبطل الشفعة ببطلان البيع الذى ترتبت عليه ، كما اذا اتضح أن البائع لم يكن مالكا لما باع وفسخ البيع .

٨٣٣ — **سادسا — مضى خمس عشرة سنة** — قلنا ان الرأى قد استقر على أن الشفعة تترتب على البيع وان لم يسجل ، فينبنى على هذا أنه اذا مضى على البيع غير المسجل خمس عشرة سنة من تاريخ حصوله ولم تطلب الشفعة ، فانها تسقط بناء على القواعد العامة .

٨٣٤ — **سابعا — عدم توافر شروط الشفعة** — اذا زال أحد الشروط الواجبة للأخذ بالشفعة ، كما اذا باع الشفيع عقاره قبل طلب الشفعة ، فليس له أن يشفع بعد ذلك ، أو كما اذا جعله وقفا أو مسجدا أو كما اذا زالت صفة الجار عن الشفيع ، بأن منع التلاصق بانشاء طريق عمومى بين عقاره والأرض التى يرغب أخذها بالشفعة الخ .

توارث حق الشفعة

٨٣٥ — بحسب أحكام الشريعة الاسلامية لا تبطل الشفعة بموت المشترى ، ولكن تبطل بموت الشفيع عند الامام الأعظم ، ولا تبطل عند الشافعى ومالك ، بل تورث عنه .

ولا يوجد نص عن ذلك فى قانون الشفعة . وقد اختلفت أحكام المحاكم فى جواز توارث حق الشفعة . فقرر بعضها أن الشفعة بطبيعتها حق شخصى ، أى خاص بالشفيع ، ولذلك فانها تبطل بموت الشفيع قبل تملكه العقار المشفوع بالقضاء أو بالرضا وفقا لأحكام الشريعة الاسلامية ، وانه لكى ينتقل الحق للورثة يلزم أن تكون دعوى المورث انتهت بحكم قضائى لمصلحته ، ولكن قبل صدور الحكم ليس لورثته أن يتمسكوا بحقه . وقرر بعضها أنه يجب الرجوع الى المبادى العامة المقررة فى القانون ، لا الى أحكام الشريعة ، وقضى بأن الشفعة حق كباقى

الحقوق يؤول من صاحبه الى الوارث الذى يكون فى نصيبه العقار المشفوع به . ونحن من الرأى الأول ، وقد أخذت به محكمة الاستئناف بدوائرها المجتمعة [1] ، مقررة أن حق الشفعة حق ضعيف ، لأنه عبارة عن حق طلب الامتلاك ، فهو مجرد رأى ومشيئة ، وعلى ذلك لا يمكن أن يستعاض عنه أو أن يورث ، فهو حق لاحق بشخص الشفيع لا ينتقل منه لغيره . ومن جهة أخرى فانه يشترط لحق الشفعة أن يكون الشفيع مالكا لما يشفع به من وقت البيع الى وقت الأخذ بالشفعة ، فاذا زال ملكه قبل ذلك بطلت الشفعة بزوال سببها ، ولا ينتقل حق الشفعة لمن آل اليه الملك ، وعلى ذلك فاذا مات الشفيع بطلت شفعته ولم تنتقل لورثته ، لأن الوارث انما يملك بالميراث من وقت الوفاة ، وهى حادثة بعد البيع .

الفصل السابع

فى الامتلاك بمضى المدة

De la Prescription Acquisitive

٨٣٦ — **التسمية** — استعملت عبارة « مضى المدة الطويلة » فى نسخة القانون العربيه مقابل لفظ Prescription ، والأفضل استعمال لفظ « التقادم » أو عبارة « مضى المدة » ، لأن اضافة لفظ « الطويلة » قد يوجب اللبس فى بعض المواضع كما سيجىء .

٨٣٧ — **نوعا مضى المدة** — مضى المدة نوعان :

(١) مضى المدة الموجب أو المكسب للحقوق Prescription acquisitive ou usucapion ، وهو الذى يؤدى الى اكتساب الحقوق العينية بعد وضع اليد على الشىء موضوع الحق المدة القانونية . وأركانه وضع اليد ومضى زمن معين .

---

(١) استئناف دوائر مجتمعة ٣ مايو ١٩٠٣ المجموعة ٣١ رقم ٦١ ص ١٧٢ المحاماة رقم ٤٢٦ ص ٨٤٣ .

وهو مبنى على أن واضع اليد يعتبر أنه هو المالك للشيء ، لأنه لو كان الشيء مملوكا لآخر لما ترك ذا اليد يتصرف فيه طول مدة وضع يده [(١)] .

(٢) مضى المدة السالب أو المسقط أو المبرىء Prescription extinctive ou libératoire ، وهو الذى يؤدى الى سقوط الحقوق بالسكوت عليها المدة القانونية . وهو خاص بالتعهدات والالتزامات ، وكذا بالحقوق العينية التى تضيع بعدم الاستعمال . وهو مبنى على اعتبار براءة المتعهد منه ، فان الدائن الذى يظل صامتا مدة طويلة عن المطالبة يعتبر أنه تنازل عن حقه أو أنه تسلم ما هو مستحق له ، وذلك حسما للمشاكل والنزاع .

٨٣٨ — **نصوص القانون المصرى** — تكلم القانون المصرى فى مضى المدة المكسب فى باب أسباب الملكية والحقوق العينية (مدنى ٧٦ — ٨٧/١٠٢ ١١٦) ، وفى مضى المدة المسقط فى باب انقضاء التعهدات (مدنى ٢٠٤ — ٢١٣ ٢٦٨—٢٧٧) . ولكن القانون الفرنسى تكلم فيهما معا لاشتراكهما فى كثير من الأحكام (مدنى فرنسى ٢٢١٩ — ٢٢٨١) .

وقد أشارت المادة ٢٠٥/٢٦٩ مصرى الى بعض الأحكام المشتركة بين النوعين بقولها : « القواعد المقررة للتملك بمضى المدة من حيثية أسباب انقطاعها أو ايقاف سريانها تتبع أيضا فى التخلص من الدين بمضى المدة » [(٢)] .

ولكن يلاحظ أن القواعد التى قررها القانون فيما يختص بأسباب انقطاع

---

(١) راجع پلانيول وريبير وپيكار نبذة ٦٨٨ عن مزايا الامتلاك بمضى المدة .

(٢) وعبارة المادة ٢٠٥ من القانون الأهلى يقابلها فى النسخة الفرنسية "Les règles établies pour la prescription acquisitive, en ce qui concerne les causes d'interruption et de suspension, sont applicables à la prescription libératoire".

وأضافت المادة المختلطة فى آخرها عبارة „ des obligations „ أى « من الدين » .

والنص الفرنسى للقانون الأهلى أفضل من نص القانون المختلط ، ومن النص العربى للقانون الأهلى ، لأنه جاء فى النص العربى للقانون الأهلى ، وفى النص المختلط الفرنسى ، أن القواعد المشار اليها تتبع فى التخلص « من الدين » بمضى المدة ، مع أن مضى المدة المسقط يطبق أيضا بالنسبة لبعض الحقوق العينية .

مضى المدة المكسب أو وقفه ليست كلها منطبقة على مضى المدة المسقط ، وذلك لأن مضى المدة المكسب للحقوق أساسه وضع اليد ، وانقطاع وضع اليد يكون طبيعيا ، بزوال اليد ، أو حكميا ، بعمل قضائى يقوم به الشخص المهدد حقه بالزوال كما سيجىء ، أما مضى المدة المسقط فلكونه غير مبنى على وضع اليد ، بل على سكوت الدائن ، لا يكون سبب الانقطاع فيه الا حكميا .

كذلك يلاحظ أنه توجد أحكام أخرى غير قواعد الانقطاع والوقف يشترك فيها نوعا مضى المدة كما سنبينه ، وقد ذكر بعضها ضمن أحكام مضى المدة المكسب ، كقاعدة عدم جواز التنازل مقدما عن التقادم (١٠٨/٨٠) .

٨٣٩ — الفرق بين مضى المدة المكسب ومضى المدة المسقط :

(١) مضى المدة المكسب لا يطبق الا بالنسبة للملكية ، و بعض الحقوق العينية ، وهى حقوق الارتفاق ، وحق الانتفاع ، وحق الاستعمال الشخصى وحق السكنى ، فان هذه الحقوق العينية عبارة عن أجزاء حقيقية من حق الملكية . ولا يمكن اكتساب الحقوق الأخرى بمضى المدة اذا لم تكن لها هذه الصفة ، مثل الرهن التأمينى ورهن الحيازة وحق الامتياز وحق الحبس ، فانها فضلا عن ذلك حقوق تبعية ، فلا بد فيها من وجود التزام تقرر هذه الحقوق لضمانه ، وهذا الالتزام لا يمكن اكتسابه بوضع اليد .

أما مضى المدة المسقط فانه يكون بالنسبة لكل الحقوق العينية أو الشخصية المنقولة أو العقارية ، ما عدا حق الملكية فانه لا يزول بعدم الاستعمال كما تقدم[1] .

ولم تتكلم القوانين المصرية فى زوال الحقوق العينية بمضى المدة ، فالمادة ٢٦٨/٢٠٤ ذكرت فقط مضى المدة المسقط بالنسبة للتعهدات ، وهى الحالة الغالبة ، ولكن مما لا شك فيه أن مضى المدة المسقط يطبق أيضا بالنسبة للحقوق العينية ، وقد نص القانون صراحة على ذلك فى بعض مواده ، مثل المادة ٥٠/٢٩ التى تقضى بانتهاء حق الانتفاع بعدم الاستعمال مدة خمس عشرة سنة .

---

(١) قارن الفقرة الأخيرة من المادة ٨٠/٥٧ مدنى .

(٢) يترتب على مضى المدة المكسب اكتساب الملكية أو الحقوق العينية العقارية التى تكون محل وضع اليد ، و يعطى الحق فى رفع كل الدعاوى الخاصة به ، بما فى ذلك دعوى الاستحقاق وتثبيت الملكية ، أما مضى المدة المسقط فانه يتمسك به لرد طلب صاحب الحق أو الدائن عند ما يطالب بحقه أو بتنفيذ التعهد .

القواعد المشتركة بين نوعى مضى المدة

٨٤٠ — (١) **مضى المدة ليس من النظام العام** — مضى المدة لا يكون من النظام العام الا فى المواد الجنائية . أما فى المسائل المدنية فانه مقرر لمصلحة الأفراد ، فلا يجوز للمحاكم أن تحكم به من تلقاء نفسها ، بل لا بد من طلبه صراحة ، و يجوز لمن هو فى مصلحته أن يتنازل عنه ، وهذا سواء أبالنسبة لمضى المدة المكسب أم لمضى المدة المسقط ، وسنتكلم فى ذلك فيما يلى :

٨٤١ — **طلبه صراحة** — على من يتمسك بمضى المدة أن يطلبه صراحة[١] . ومتى طلبه أحد الخصوم يجب على المحكمة أن تقضى به اذا توفرت شروطه ، وليس لها أن ترفضه . ولها رفضه اذا كانت الشروط المقررة له لم تتوافر ، كما اذا لم تكن المدة اللازمة له قد مضت . فاذا تمسك أحد الخصوم بمضى مدة معينة ولم تكن كل المدة قد مضت فيجب على المحكمة أن ترفض طلبه ، ولو وجد تقادم أقصر من الذى تمسك به قد انتهت كل مدته ، وذلك لأنه لم يطلبه . كما اذا طلب شخص استحقاق عقار من آخر بدعوى أنه مملوك له ، ودفع ذلك الآخر الدعوى بكونه تملكه بمضى خمس عشرة سنة وضع يده عليه فيها ، ولم تكن الخمس عشرة سنة قد مضت كلها ، فيجب على القاضى أن يرفض دفع واضع اليد ، حتى اذا كان اشترى العقار بحسن نية ، وكان يكفى أن يتمسك بمضى

---

(١) مدنى فرنسى ٢٢٢٣ .
راجع المادة ٢٠٤/٢٦٨ التى تقول « مضى المدة المقررة بالقانون يترتب عليه سقوط التعهد واعتبار براءة المتعهد منه اذا تمسك بذلك » .

خمس سنوات فقط . وكما اذا دفع المدين الدعوى بسقوط الدين بمضى خمس عشرة سنة ، وكان يكفى أن يتمسك بسقوطه بمضى ٣٦٠ يوما ، فانه يجب على القاضى أن يقصر بحثه على مضى مدة الخمس عشرة سنة أو يرفضه بحسب ما اذا كانت الشروط متوافرة أم لا ، ولا ينظر فى مضى المدة الأقصر الذى كان يمكن المدين أن يتمسك به .

٨٤٢ — **التمسك بمضى المدة فى أية حالة كانت عليها الدعوى** — يجوز التمسك بمضى المدة فى أية حالة كانت عليها الدعوى ، ولو لأول مرة أمام محكمة الاستئناف . وقد نصت على ذلك صراحة المادة ٢٢٢٤ فرنسى ، فقد جاء فيها أنه يجوز الاحتجاج بمضى المدة فى أية حالة كانت عليها الدعوى ، ولو أمام محكمة الاستئناف ، الا اذا اتضح من ظروف الدعوى أن الخصم الذى لم يدفع بمضى المدة قد تنازل عنه .

وهذه القاعدة لم ينص عليها صراحة فى القانون المصرى ، ولكن يجب العمل بها فيه ، وهذا صحيح بالنسبة لمضى المدة المبرىء ، وكذلك بالنسبة لمضى المدة المكسب ، وان كان لا يجوز قانونا ابداء طلبات فى الاستئناف لم يطلب من المحكمة الابتدائية الفصل فيها ، ولكن فى مسائل الاستحقاق Revendication يجوز التمسك بمضى المدة بعد أن يكون الشخص قد استند على سند ولم يفلح ، ولا يعتبر أنه غير موضوع طلبه ، اذ أن موضوعه فى الحالتين هو الملكية ، ولكن الوسائل التى بنى طلبه عليها هى التى تغيرت ، فلم تبد طلبات جديدة ، بل ان ما أبدى هو أدلة جديدة [1] ، وهذا جائز .

ولا يجوز التمسك بمضى المدة لأول مرة أمام محكمة النقض ، لأنها لا تنظر فى المسائل المتعلقة بالموضوع ، والتمسك بالتقادم ما هو الا اقامة الدليل على الحق .

---

(١) قارن المادة ٤٦٤/٤١٢/٣٦٨ مرافعات وما بعدها .

٨٤٣ — التنازل عن مضى المدة — بما أن مضى المدة ليس من النظام العام فيجوز لمن له حق التمسك به أن يتنازل عنه ، ولكن بمقتضى المادة ١٠٨/٨٠ لا يجوز التنازل عن نص المدة قبل حصوله [1] .

والمقصود من عبارة المادة ٢٢٢٠/١٠٨/٨٠ : « لا يجوز ترك الحق فى التملك بمضى المدة قبل حصوله » هو التنازل الذى يحصل قبل ابتداء المدة فى السريان ، لأنه لا يمكن التنازل عن شىء لم يوجد بعد ، أما اذا بدأت المدة ولكن لم تتم فانه يجوز التنازل عن المدة التى تكون قد مضت ، وهذا ما يحصل فى حالة اعتراف المدين بالدين مثلا ، و بذلك تقطع المدة التى تكون قد بدأت ، ولكن لا يمكن فى هذه اللحظة التنازل مقدما عن التقادم الذى يبدأ فى السريان بعد ذلك .

وقد أضافت المادة ١٠٨/٨٠ : « انما يجوز ذلك بعد حصوله لكل شخص متصف بأهلية التصرف فى حقوقه [2] » ، فليس اذن للقصر أو المحجور عليهم أو الأوصياء أو القامة أو الوكلاء ومن ليس له الا أهلية الادارة أن يتنازلوا عن مضى المدة .

والتنازل قد يكون صراحة أو دلالة ، والمحاكم هى التى تفصل فيما يعتبر تنازلا صريحا أو دلالة بحسب الظروف والأحوال [3] .

---

(١) أضاف النص العربى للمادة ٨٠ لفظ « الطويلة » بعد عبارة « مضى المدة » ، وهذه اضافة لا محل لها . والنص الفرنسى يقول " La prescription " من غير وصف ، فيشمل نوعى التقادم .

(٢) ولا يشترط فى مضى المدة المسقط أهليـة التصرف ، بل يكفى فيه أن يكون المتنازل أهلا لاجراء العقد الذى بشأنه أسـقط حقه فى التمسك بمضى المدة ، لأنه اذا كان له الحق فى اجرائه فانه يكون له الحق فى الاستمرار ملزما به — وقد جاء فى نص المادة ٨١/٨٠ الفرنسى toute personne maîtresse de ses droits.

(٣) راجع المواد ٢٢٢٠ — ٢٢٢٢ مدنى فرنسى ، وقد جاء فيها :

المادة ٢٢٢٠ . لا يجوز التنازل مقدما عن مضى المدة ، وانما يجوز التنازل عنه بعد حصوله.

المادة ٢٢٢١ . التنازل عن مضى المدة يكون صراحـة أو دلالة ، ويستفاد التنازل دلالة=

وانه وان كانت قاعدة عدم جواز التنازل مقدما عن التقادم قد وردت فى الفصل الخاص بالتقادم المكسب ، الا أن حكمها يسرى أيضا على مضى المدة السالب ، وقد وردت فى القانون الفرنسى فى المادة ٢٢٢٠ ضمن الأحكام المشتركة بين النوعين .

٨٤٤ — **التنازل دلالة** — يعتبر تنازلا دلالة طلب المدين مهلة ، أو طلب دفع جزء من الدين ، أو دفع الفوائد ، أو تقديم ضمان ، اذا كان الموضوع خاصا بدين ، أو استئجار العقار من مالكه ، أو تقديم حساب عن الثمار المتحصلة اذا كان الموضوع خاصا بتقادم مكسب .

ويشترط أن يكون التنازل دلالة صادرا عن علم بثبوت الحق فى التمسك بمضى المدة ، فاذا كان التارك يجهل ذلك فلا تعتبر الأعمال المتقدمة تنازلا ، لأنه لا يجوز التنازل عما يجهله ، فاذا وجد وارث عقارا ضمن التركة ، فطلب آخر رده ، وأفهمه أنه كان مرهونا تحت يد المورث ، فسلمه العقار ، مع أن المورث كان واضعا يده عليه بصفة مالك مدة خمس عشرة سنة ، فلا يعتبر التسليم فى هذه الحالة تنازلا عن التمسك بمضى المدة .

٨٤٥ — **أثر التنازل** — اذا حصل التنازل فانه يترتب عليه حتما أثره بالنسبة لمن حصل التنازل له ، ولا حاجة لقبول هذا الأخير . واذا حصل التنازل عن التمسك بالتقادم فلا يجوز للمتنازل أن يعود فيتمسك به .

٨٤٦ — **حقوق الدائنين فى حالة التنازل عن مضى المدة** — بمقتضى المادة ٢٢٢٥ فرنسى يجوز للدائنين أو لأى شخص آخر له مصلحة فى التمسك بمضى المدة أن يحتج به حتى لو تنازل عنه المدين أو المالك . وقد جاء القانون الفرنسى بهذا النص فى الجزء المشترك بين نوعى مضى المدة . أما القانون المصرى

= عن عمل يدل على ترك الحق المكتسب droit acquis

المادة ٢٢٢٢ : لا يجوز التنازل عن مضى المدة بعد حصوله ممن لا يملك التصرف فى حقوقه qui ne peut aliéner

فقد جاء بالنص الآتى فى المادة ٢٠٦/٢٧٠ ، عند التكلم فى انقضاء التعهدات بمضى المدة ، فقال : اذا كان لمدين واحد عدة دائنين وانقضت المدة المقررة لتخلصه من دين أحدهم فلباقى الدائنين أن يتمسكوا بمضى تلك المدة ولو لم يتمسك بها المدين المذكور تدليسا منه واضرار بحقوقهم »[1] .

ولم يأت القانون المصرى بنص مماثل عند تكلمه فى مضى المدة المكسب ، ولكن رغم هذا النقص فان الحكم يجب أن يكون واحدا بالنسبة للنوعين ، وخصوصا ان الحكم الوارد فى المادة ٢٠٦/٢٧٠ مأخوذ من المادة ٢١٢٥ الفرنسية التى تتكلم فى النوعين . والظاهر أن الشارع المصرى قصر الحكم على مضى المدة المسقط لأنه أورده فى الفصل الخاص به ، وفاته أن يضع نصا مماثلا له فى باب مضى المدة المكسب .

---

(١) والنص الفرنسى للفقرة الأخيرة من المادة ٢٠٦ أهلى هو الآتى :

" même quand il y a renoncé, si la renonciation a été faite en fraude de leurs droits ".

وترجمته الحرفية : ولو تنازل عنها المدين المذكور اذا حصل التنازل تدليسا عليهم فى حقوقهم .

ولكن النص المقابل فى المادة ٢٧٠ المختلطة هو الآتى :

" méme quand il y a renoncé en fraude de leurs droits. "

أى حتى لو كان التنازل عمل تدليسا واضرارا بحقوق الدائنين ، مع أن الحق المنصوص عليه فى المادة ٢٧٠ لا يكون الا فى هــذه الحالة ، وهذا خطأ تحريرى من الشارع ، وكلمة même زائدة ، ولذلك عند وضع القانون الأهلى لم يقع الشارع فى مثل هذا الخطأ .

ويلاحظ أن حكم المــادة ٢٠٦/٢٧٠ كان يغنى عنه ما هو منصوص عليــه فى الجزء العام الخاص بالالتزامات فيما يتعلق بدعوى ابطال تصرفات المدين l'action Paulienne . وتشترط هذه الدعوى وجود الغش اذا كان التصرف من المعاوضات ، وأن يكون التصرف مضرا اذا كان من التبرعات (١٤٣/٢٠٤/١١٦٧) . والتنازل قد يكون من غير عوض ، أو نظير دفع مبلغ معين يدفعه من حصل التنازل عن مضى المدة لفائدته . فى الحالة الأولى يكفى وجود الضرر لأنه يترتب عليه خروج شىء من ملك المدين . وفى الحالة الثانية وان خرج شىء من ملكه الا أن الثمن المدفوع أو العوض يدخل فى حوزته ، ولذلك يشترط فى هذه الحالة الضرر والغش ، أى أن يكون التصرف ضارا بالدائن ، كما اذا أوجب اعسار المدين أو زاد فى اعساره ، وأن يكون المدين عالما حين التصرف بحالة اعساره وبما يوجبه تصرفه من عجزه عن الوفاء .

ونص المادة الفرنسية أوسع من نص القانون المصرى ، لأنها لم تأت بالقيد الذى جاءت به المادة ٢٠٦/٢٧٠ مصرى من اشتراط كون التنازل حصل من المدين تدليسا منه بحقوق باقى الدائنين (١) .

ويلاحظ فرق آخر بين نص المادة ٢٢٢٥ فرنسى ونص القانون المصرى ، فقد جوزت المادة ٢٢٢٥ للدائنين وكذلك لأى شخص آخر له مصلحة فى التمسك بمضى المدة أن يحتج به ، أما المادة ٢٠٦/٢٧٠ فلم تذكر الا الدائنين ، ولكن يجب العمل بحكم المادة الفرنسية ، لأنه لا يوجد ما يدل على أن الشارع المصرى أراد مخالفة القانون الفرنسى ، ومع ذلك فان المواد التى تلت هذه المادة تكلمت فى المدينين المتضامنين والكفلاء ، وأعطتهم الحق فى الاحتجاج بمضى المدة مع كونهم ليسوا دائنين حاليين للمدين المتنازل عن حقه ، وقد اعتبرهم الشراح والمحاكم فى فرنسا من ضمن الأشخاص الذين لهم مصلحة وفقا للفقرة الأخيرة من المادة ٢٢٢٥ (٢) . وهذا هو نص المادة ٢٠٧/٢٧١ : « اذا ترك أحد المدينين

(١) والمادة الفرنسية ، على حسب رأى معظم الشراح والأحكام ، استثناء من أحكام دعوى ابطال التصرفات المنصوص عليها فى المادة ١١٦٧ ، فلا يشترط فيها اثبات التدليس ، بل يكفى أن يثبت الدائن الذى يتمسك بمضى المدة أن تنازل المدين عن مضى المدة قد ترتب عليه اعساره أو زيادة اعساره فى وقت لاحق لتاريخ دينه ، من غير أن يبحث ما اذا كان حسن النية أو سيء النية ، أى يكفى وجود الضرر (قارن الآراء الأخرى المشروحة فى دالوز العملى ١٣٥ — ١٣٨) .

(٢) ويعتبر ذا مصلحة ayant intérêt ، وفقا لنص المادة ٢٢٢٥ ، من يكتسب الحق بعقد خاص من المتنازل ، كالمشترى ، والمتقايض ، اذا حصل التنازل بعد استيلائهما ، لأنه فى هذه الحالة يضر المتنازل بحق مكتسب ، واذا تم التقادم بعد انتقال المال اليهما فانه يكون لمصلحتهما ، اذ لهما أن يضيفا وضع يدهما الى وضع يد من تلقيا الحق عنه . ولكن اذا تنازل عن مضى المدة أثناء سيره قبل انتقال المال اليهما فان التنازل يتمسك به ضدهما ، أى أنهما لا يحتسبان الزمن الذى حصل التنازل عنه ضمن المدة .

كذلك صاحب حق الانتفاع يعتبر ذا مصلحة .

ويجوز لمن ضمن المدين بواسطة رهن عقاره ، أى للكفيل العينى ، أن يتمسك بمضى المدة ولو لم يتمسك المدين ، كما اذا تنازل المدين عن مضى المدة المبرىء فى حالة الالتزامات ، أو عن مضى المدة المكسب بالنسبه لعقار اكتسبه به .

المتضامنين أو المدين الأصلى حقه فى التمسك بمضى المدة الموجبة لتخلصه من الدين فلا يضر ذلك بباقى المدينين المتضامنين وبالكفيل الذين تخلصوا من التزاماتهم بمضى المدة » .

٨٤٧ — (ب) الاتفاق على مدة غير المذكورة فى القانون — القواعد الخاصة بالتقادم المكسب من النظام العام ، فلا يجوز زيادة المدة المقررة له ولا انقاصها . أما فيما يختص بالتقادم المسقط فالأصل أنه لا يجوز الاتفاق على زيادة المدة المقررة له ، ولكن يجوز الاتفاق على مدة أقصر ، كأن يشترط رفع لدعوى فى مدة أقصر من المدة المعينة فى القانون ، والا سقط الحق ، لأن مثل هذا الاتفاق لا يتعارض مع النظام العام .

٨٤٨ — (ج) مضى المدة يسرى لمصلحة الجميع حتى عديمى الاهلية — من بين القواعد المشتركة بين نوعى مضى المدة أن مضى المدة يسرى لفائدة الجميع ، سواء أكانوا ذوى أهلية أم عديمى أهلية ، فيسرى لمصلحه القصر وغيرهم [1] ، ولكنه لا يسرى ضدهم اطلاقا ، كما سترى .

٨٤٩ — (د) انقطاع التقادم Interruption de la prescription — قلنا ان المادة ٢٠٥/٢٦٩ تنص على أن القواعد المقررة للتملك بمضى المدة من حيث أسباب انقطاعها أو وقف سريانها تتبع أيضا فى التخلص من الدين بمضى المدة ، وسبق القول أيضا أن انقطاع المدة نوعان ، طبيعى وحكمى ، وان الطبيعى خاص بمضى المدة المكسب ، وأما الحكمى فيطبق بالنسبة للنوعين ، وسنتكلم فى انقطاع المدة عند التكلم فى مضى المدة المكسب ، ونشرح عندئذ القواعد الخاصة بالانقطاع .

٨٥٠ — (هـ) وقف التقادم Suspension de la prescription — وقف التقادم هو أن يعرض أمر يحول دون استمراره زمنا معينا .

---

(١) كذلك يسرى لمصلحه الأشخاص الاعتبارية .

والفرق بين انقطاع المدة ووقفها هو أنه يترتب على انقطاع المدة ضياع ما فات منها ، واذا بدأ سريان المدة ثانيا فان المدة السابقة لا تضم الى المدة الجديدة ، بخلاف حالة وقف المدة فان المدة السابقة على الوقف تبقى معلقة حتى يزول سببه ، واذا زال يعود جريان المدة ، وتضاف المدة السابقة الى المدة اللاحقة ، وسيأتى الكلام فى الوقف عند شرح قواعد التقادم المكسب .

٨٥١ — (و) **احتساب المدة** Computation des délais — طريقة احتساب المدة واحدة بالنسبة لمضى المدة المكسب ومضى المدة المسقط ، وسواء أكانت المدة هى الطويلة أم مدة أخرى أقصر منها .

وتحسب المدة بالأيام ، لا بالساعات (مدنى فرنسى ٢٢٦٠) .

ولا يحسب اليوم الذى تبتدىء فيه المدة dies a quo . أما اليوم الأخير dies ad quem فيحتسب كله [١] . فاذا حدث قبل نهايته سبب من أسباب الانقطاع فانه يترتب عليه كل النتائج المترتبة على انقطاع المدة .

وتدخل فى المدة أيام الأعياد الرسمية .

ويحسب اليوم الأخير ولو كان يوم عيد jour férié . ولا تطبق القاعدة المتبعة بالنسبة لمواعيد المرافعات ، وهى امتداد المدة الى اليوم التالى ، اذا كان اليوم الأخير يوم عطلة رسمية ، وذلك لأن زمن التقادم طويل بحيث يكفى لاستعمال الحق بدل الانتظار الى آخر لحظة .

٨٥٢ — **التقويم الهجرى** — اذا كانت المدة محدودة بالسنين فقد اختلف فيما اذا كانت السنين تعتبر ميلادية أم هجرية ، والرأى المعمول به هو أن السنين تحسب بحسب التقويم الهجرى ، وخصوصا أن مدد التقادم مأخوذة من الشريعة الاسلامية ، وأن القانون لم يذكر التقويم الميلادى ، بل بالعكس نص صريحا على احتساب المدة على حسب التقويم الهجرى بالنسبة للمرتبات والفوائد والمعاشات والأجر الخ ، فقد جاء فى المادة ٢١١/٢٧٥ أن الحق فى المطالبة

(١) مدنى فرنسى ٢٢٦١ .

بها يسقط بمضى خمس سنوات هلالية ، وأشير أيضا فى قانون تحقيق الجنايات الى السنين الهجرية عند التكلم فى سقوط العقوبة (٢٧٦/٢٧١ جنايات) .

وقد اعترض على احتساب المدة بالسنين الهجرية بأن القانون بذكره فى بعض الأحوال السنة الهجرية ، وعدم ذكرها فى الأحوال الأخرى ، يؤخذ منه أنه لم يرد احتساب السنين هجرية فى كل الأحوال .

٨٥٣ — احتساب الايام — قد تقدم القول بأن المدة تحسب بالأيام ، لا بالساعات ، ولا يحسب اليوم الذى تبدأ فيه المدة . فاذا وضع شخص يده فى ظهر أول المحرم فلا يحسب هذا اليوم ، بل تبتدىء المدة من ٢ المحرم . وفى القانون الفرنسى يحسب اليوم ابتداء من منتصف الليل الى منتصف الليل التالى ، ولذلك يتعين بحث ما اذا كانت تتبع نفس القاعدة فى مصر ، ومن رأينا أنه ما دامت السنين تحتسب على حسب التقويم الهجرى ، فيبتدىء اليوم من وقت الغروب الى الغروب التالى كالتقويم المذكور .

٨٥٤ — (ز) تأثير القوانين الجديدة الخاصة بمضى المدة — القاعدة أنه ليس للقوانين أثر رجعى ، ولا تؤثر فى الحقوق المكتسبة ، ولكن التقادم لا يعتبر حقا مكتسبا الا اذا تمت المدة التى يحتمها القانون ، وقبل ذلك يعتبر مجرد أمل ، فاذا صدر أثناء سريان المدة قانون جديد معدل لمقدار الزمن المطلوب ، فان الزمن الجديد هو الذى يطبق بالنسبة لمضى المدة السارى ، وليس الوقت الذى كان محددا له وقت ابتداء التقادم .

وقد يدخل القانون الجديد تغييرات عديدة على القواعد الخاصة بمضى المدة :

فقد ينص على أن بعض الحقوق أو الدعاوى لا يجوز اكتسابها بمضى المدة ، ولو أنها كانت قبل ذلك خاضعة لمضى المدة ، فيتبع القانون الجديد كما تقدم .

وقد يزيد القانون الجديد المدة ، فيجب اعتبار المدة الجديدة بالنسبة للتقادم السارى الذى لم يتم .

وقد ينقص القانون الجديد المدة ، وفى هذه الحالة قد ينجم عن تطبيق

القانون الجديد غبن بمن تسرى المدة ضده ولم يفعل شيئا لصون حقوقه اتكالا على المدة الباقية ، فيجد نفسه قد حرم منها ، كما اذا كانت المدة بحسب القانون القديم خمس عشرة سنة ، فأنقصها القانون الجديد الى خمس ، فاذا كان قد مضى منها ست سنوات مثلا ، فانه يحرم من المدة الباقية ، وبما أن هذه النتيجة مخالفة لقواعد العدالة ، فقد رأى كثير من الشراح أن تضاف الى المدة التى مضت مدة تقابل الباقى من المدة القديمة محسوبا بحسب القانون الجديد . ففى المثل السابق بما أنه مضى ست سنوات من خمس عشرة سنة فيكون مضى ٦/١٥ أى ٢/٥ المدة ، فيعتبر أنه لم يمض من المدة الجديدة الا ٢/٥ منها ، أى سنتان ، ويجب لاتمام المدة أن تمضى ثلاث سنوات أخرى .

مضى المدة المكسب

Prescription Acquisitive ou Usucapion

٨٥٥ — أنواعه — مضى المدة المكسب سبب من أسباب اكتساب الملكية وبعض الحقوق العينية بواسطة وضع اليد المدة المقررة فى القانون . وهو مستمد من القانون الفرنسى . أما الشريعة الاسلامية فلم تنص عليه .

والتقادم المكسب نوعان : النوع الأول يشترط فيه مضى خمس عشرة سنة ، والثانى يشترط فيه مضى خمس سنين .

ويشترط فى النوع الأول وضع اليد وانقضاء الزمن المقرر فى القانون ، أما النوع الثانى فيشترط فيه فوق ذلك وجود سبب ، أى سند titre ، وتوافر حسن النية bonne foi .

وفى القانون الفرنسى يشترط مضى ٣٠ سنة فى النوع الأول (مدنى ٢٢٦٢) ، وعشر سنوات أو ٢٠ سنة فى النوع الثانى ، باختلاف ما اذا كان المالك الحقيقى يقطن دائرة محكمة الاستئناف الواقع فى اختصاصها العقار أو خارج الدائرة المذكورة (مدنى ٢٢٦٥) .

٨٥٦ — الأموال التى يجوز اكتسابها بمضى المدة — لا يسرى

مضى المدة المكسب الا بالنسبة للأشياء التى يجوز التعامل فيها (مدنى فرنسى ٢٢٢٦) ، فلا يكون فى الأموال المخصصة للمنفعة العامة .

ويسرى بالنسبة للمنقول ، كما يسرى بالنسبة للعقار ، غير أنه فيما يتعلق بالمنقول لا يشترط مضى زمن اذا كان وضع اليد على المنقول حصل بناء على سبب صحيح وبحسن نية ، ما عدا حالتى السرقة والضياع فانه يشترط فيهما مضى ثلاث سنوات ، ويجب مضى خمس عشرة سنة اذا لم يكن وضع اليد بناء على سند بحسن نية .

وكما تقدم القول يسرى مضى المدة المكسب بالنسبة للملكية وبعض الحقوق العينية التى يمكن أن تكون محل وضع يد مستقل ، وهى الحقوق العينية الأصلية ، أى حق الانتفاع وحق الاستعمال الشخصى وحق السكنى وحقوق الارتفاق . ووضع اليد المطلوب بالنسبة لهذه الحقوق الأخيرة ليس وضع اليد بصفة مالك ، بل وضع اليد بنية اكتساب هذه الحقوق .

ويلاحظ ما جاء فى المادة ١٠٢ المختلطة ، فقد ذكر فيها « تحصل ملكية العقارات والحقوق العينية ما عدا حق الرهن العقارى (الرسمى أو التأمينى) لمن وضع يده عليها . . . الخ » ، مع أنه توجد حقوق أخرى لا يجوز اكتسابها بمضى المدة ، مثل حق الامتياز وحق الحبس ورهن الحيازة العقارى كما تقدم .

٨٥٧ — **الحقوق الشرطية والمقترنة بأجل** — قد اختلف فيما اذا كان يجوز اكتساب الحقوق المعلقة على شرط droits conditionnels ، فالمحاكم فى فرنسا تقضى بأنه لا يجوز ، أما الشراح فيقررون الجواز . ولكن الظاهر أن المالك المعلقة ملكيته على شرط ليس له الحق فى رفع دعوى الاستحقاق l'action en revendication ، فلا يمكنه أن يمنع واضع اليد ، وعلى ذلك فحقه لا يمكن اكتسابه بمضى المدة .

ومثل الحقوق المعلقة على شرط الحقوق المقترنة بأجل à terme .

٨٥٨ — **الحقوق الاحتمالية** — أما الحقوق الاحتمالية droits éven-

tuels [1] فمن المتفق عليه أنه لا يجوز اكتسابها بمضى المدة ، لأنها لم توجد بعد .

وضع اليد

Possession

٨٥٩ — أهمية وضع اليد على العموم — لوضع اليد أهمية كبرى : لأنه دليل على الملكية ، فمن كان واضعا يده على عين معينة يعتبر أنه مالك لها حتى يثبت غيره أنه ذو الحق فيها . ولأن وضع اليد على الأشياء المباحة التى لا مالك لها يترتب عليه أن يصير واضع اليد مالكا بطريق « الاستيلاء » كما رأينا [2] . ولأن وضع اليد على العقار اذا استمر مدة طويلة يترتب عليه أن يصير واضع اليد مالكا ، حتى لو كان الشىء مملوكا لغيره . ولأن وضع اليد على المنقول بسبب صحيح يترتب عليه أن ذا اليد يعتبر مالكا . ولأن هبة المنقول اذا حصل تسليمه ، أى وضع اليد عليه من الموهوب له ، تكون صحيحة ، ولو لم تحصل بعقد رسمى . ولأن بعض العقود لا تتم الا بحصول التسليم ، أى جعل الشىء تحت يد من انتقل اليه الحق ، كالقرض ورهن الحيازة .

وبالنسبة لهذه الاعتبارات أوجب القانون احترام وضع اليد ، حتى أنه جعل لذى اليد على العقار دعاوى مخصوصة يرفعها ضد من يتعرض له فى حيازة الشىء ، وتسمى دعاوى وضع اليد ، وهى ثلاث : دعوى منع التعرض Complainte ، ودعوى استرداد الحيازة Reintégrande ، ودعوى وقف العمل الجديد Dénonciation de nouvelle œuvre ، ومحل درس هذه الدعاوى فى قانون المرافعات . كما أن بعض الشرائع تعاقب جنائيا من يتعرض لغيره فى وضع يده على الأموال الثابتة [3] .

---

(١) أو successifs أو présomptifs ، وهى الحقوق التى تؤول يوما ما الى الشخص بصفته وارثا مثلا أو موصى اليه .

(٢) نبذة ٧٠٦ وما بعدها .

(٣) عقوبات أهلى ٣٢٣ وما بعدها .

٨٦٠ — وضع اليد شرط فى التقادم المكسب — وضع اليـد شرط أساسى فى التقادم المـكسب ، سواء أ كانت مدته خمس سـنين أم خمس عشرة سنة ، وهو تعمد حيازة الشيء مع الاستئثار بمنافعه والتصرف فيه استئثار صاحب الحق وتصرفه ، أى حيازته حيازة فعلية مقرونة بنية التملك (١) .

وهو نوعان ، مباشر وغير مباشر ، فالأول ما كان واضع اليد فيه هو الشخص نفسه ، وأما الثانى فما كان الحائز فعلا هو غير واضع اليد ولـكنه نائب عنه ، كالمستأجر والوصى .

ولا يتعدد وضع اليـد بالنسبة للشيء الواحـد ، وان كان يصح أن يكون واضع اليد أ كثر من شخص واحد ، اذا كان وضع اليد حاصلا بالاشتراك .

و يبتدىء وضع اليـد بالحيازة الفعلية مقرونة بالنية ، وقد تبتدىء الحيازة بالتسليم الفعلى أو بطريق الافتراض ، بأن يكون الشيء فى يد شخص و يتصرف فيـه لغيره و يبقى تحت يد من تصرف فيه ، لا بصفته مالـكا له ، بل بصفته نائبا عمن حصل التصرف له .

٨٦١ — الأشياء التى يمكن وضع اليد عليها — من رأى بعض الشراح أن وضع اليد يكون على الأشياء المادية وعلى الأشياء غير المادية ، أى أنه يكون على الأشياء المحسوسة وعلى الحقوق . ومن رأى بعضهم أن الحقوق ليست محلا لوضع اليد ، وأن الأشـياء المادية هى وحدها التى يصح وضع اليد عليها ، وأن القول بأن الحقوق تكون محل وضع يد ليس الا على سبيل المجاز .

وفى القانون الرومانى كان يصح أن تكون الحقوق محلا لوضع اليد ، وفى وقت ما كان يطلق على ذلك شـبه وضع اليد Quasi — possessio أو possessio juris .

والواقع الآن أن الملـكية تكون فى الأشياء المادية وفى الحقوق ، فيصح

(١) ولا يشترط فى وضع اليد أن يكون حاصلا بناء على حق ، اذ يصح أن يحصل بغير حق ، ومع ذلك يحترم ويؤدى الى اكتساب الملـكية .

أن تكون الحقوق محلا لوضع اليد بالمعنى الصحيح ، كوضع اليد على حق المرور .
وقد جاء فى المادة ٢٢٢٨ فرنسى أن وضع اليد هو حيازة شىء أو الانتفاع بحق jouissance .

٨٦٢ — ركنا وضع اليد — لوضع اليد ركنان : الحيازة الفعلية للشىء Corpus ، وقصد الامتلاك animus domini ، اذ قررت المادة ١٠٢/٧٦ أنه يشترط أن يكون واضع اليد « وضع يده بصفة مالك » . فاذا توافر الركنان اعتبر وضع اليد ، واذا فقد أحدهما أو كلاهما زال وضع اليد ، فلا يعتبر واضعا اليد الشخص الذى يمر فى أرض غيره الا اذا كان قصده أن يكتسب حق المرور .

٨٦٣ — الحيازة العرضية Possession précaire ou Détention — لا يعتبرون واضعى يد من لهم الحيازة العرضية ، أى الأشخاص الذين لم تكن لديهم النية التى يتطلبها وضع اليد القانونى ، فليس لهم ولا لمن يتلقون الحق عنهم أن يكتسبوا الحقوق بمضى المدة ، فليس للمستأجر ، أو المستعير ، أو الوديع ، أو الدائن المرتهن رهن حيازة créancier gagiste ، أو الوكيل ، أو الخادم ، ولا لورثتهم ، أن يدعوا وضع اليد ، ما داموا حائزين بصفاتهم هذه .

وقد قررت ذلك المادة ٢٢٣٦/١٠٦/٧٩ ، ٢٢٣٧ ، ٢٢٤٠ بقولها :

« لا تثبت ملكية العقار والحقوق العينية بمضى المدة الطويلة [1] لمن كان واضعا يده عليها بسبب معلوم غير أسباب التمليك سواء كان ذلك السبب مبتدأ منه أو سابقا ممن آلت منه اليه . وعلى ذلك فلا تحصل الملكية بوضع اليد للمستأجر والمنتفع والمودع عنده والمستعير ولا لورثتهم من بعدهم » .

«On ne prescrit pas un droit réel contre son propre titre ou celui de ses auteurs; ainsi, le fermier, l'usufruitier, le dépositeur, l'emprunteur ou leurs héritiers ne peuvent prescrire».

(١) لفظ « الطويلة » زائد ، ولا محل له .

وجاء فى المادة ٨٣/١١٢ :

« لا تثبت الملكية مطلقا بمضى المدة الطويلة (١) ولا يعتبر حكمها بين الموكل والوكيل فى جميع ما هو داخل ضمن التوكيل » .

« La prescription ne court jamais entre mandant et mandataire pour tout ce qui est compris dans le mandat »

والعيب الناتج من كون الحيازة عرضية عيب مطلق ، أى أنه ليس للحائز فى هذه الحالة أن يتمسك بمضى المدة ضد أى كان . فاذا استأجر شخص عقارا من غير مالكه ، وحازه بصفة مستأجر مدة خمس عشرة سنة ، و بعد ذلك رفع عليه المالك الحقيقى الدعوى طالبا استرداده ، فليس للحائز أن يحتج بمضى المدة ، لأن وضع اليد لم يكن بصفة مالك .

وهو عيب دائم . فيبقى حتى بعد حلول الميعاد لرد الشىء ، كما اذا استمر المستأجر واضعا يده على العقار بعد انتهاء مدة الاجارة ، فليس له أن يدعى امتلاك العقار بمضى المدة ، لأنه لم يضع يده بصفة مالك .

٨٦٤ — تغيير صفة وضع اليد — Interversion du titre de possession —

ولكن اذا زال العيب المتقدم ، أى اذا غير من لهم الحيازة العرضية نياتهم بالنسبة للشىء ، ووضعوا يدهم عليه بصفة ملاك ، فيجوز لهم أن يمتلكوا بمضى المدة ، كما اذا أنكر المستأجر حق المالك أو امتنع عن دفع الأجرة وادعى أنه مالك . ولكن لا بد من تعرض صريح من ذى اليد للمالك فى ملكه . فمجرد تغيير صفة وضع اليد لا يكفى ، بل لا بد أن يكون التغيير مقترنا بعمل خارجى ظاهر يدل على انكار ذى اليد حق المالك الأصلى وادعاء الملكية لنفسه . و يقدر القاضى فى كل حالة خاصة ما اذا كان واضع اليد قد عارض المالك الحقيقى معارضة تكفى لتغيير سبب وضع يده (٢) . وتغيير صفة الحيازة اما أن يكون بفعل من عمل الغير

(١) لفظ « الطويلة » زائد ولا محل له .

(٢) وقد حكم بأن حفر ساقية فى أرض متنازع فيها غير ذى أهمية ، وقد يحصل من الدائن الذى بيده عقد غاروقة ، اذ أن هذا العمل من شأنه أن يزيد فى الانتفاع المخول له ، = =

du fait d'un tiers ، كما اذا اشترى الحائز العرضى العين من شخص يعتقد أنه المالك لها ، أو كما اذا ورث العين ، واما أن تكون من عمل نفسه du fait du détenteur lui-même ، كما اذا امتنع المستأجر عن دفع الأجرة وادعى أنه مالك [1] .

٨٦٥ — الرهن التأمينى الذى يقرره واضع اليد على عقار الغير — يجوز للدائن المرتهن ، كما يجوز لكل دائن وفقا للقواعد العامة ، أن يتمسك بامتلاك مدينه بمضى المدة ، ويطلب ابطال تنازل هذا الأخير عن مضى المدة اذا كان يضر به كما تقدم .

ولكن القانون المختلط فى المادة ١٠٧ جاء بنص خاص لم ينقله القانون الأهلى عند وضعه ، غير أنه أضيف اليه فى المادة ٧٩ مكررة بالقانون رقم ٧٩ لسنة ١٩٣٣ . وهذا ما تقوله المادة ٧٩ مكررة الجديدة الموافقة للمادة ١٠٧ مختلط : « بالرغم من القيود السابقة يجوز للدائن المرتهن للعقار le créancier hypothécaire اذا كان

= كما أنه قد يحصل من المالك ، فلا يعد عملا غير من صفة وضع اليد يسمح لواضع اليد أن يحتسب الزمن من ذلك الحين للامتلاك بهذه الصفة (استئناف ١٩ مارس ١٩٠٣ الاستقلال ٢ ص ٢٤٢) .

(١) وقد قررت محكمة النقض (٢٨ فبراير ١٩٢٥ ملحق مجلة القانون والاقتصاد ٥ رقم ٣٢) أن الواقف الذى هو مستحق للوقف وناظر عليه لا يمكن أن يكون وضع يده الا بصفة وقتية ، من قبل أنه منتفع أو مدير لشئون العين بالنيابة عن جهة الوقف . فحكم المادة ٧٩ يسرى بداهة عليه وعلى ورثته من بعده مهما تسلسل توريثهم وطال وضع يدهم ، ولا يستطيع أيهم أن يمتلك العين بالمدة الطويلة الا بعد أن يغير صفة وضع يده . وهذا التغيير لا يكون الا باحدى اثنتين : أن يتلقى ذو اليد الوقتية ملك العين عن شخص من الأغيار يعتقد هو أنه المالك لها والمستحق للتصرف فيها ، أو أن يجابه ذو اليد الوقتية مالك العين مجابهة ظاهرة صريحة بصفة فعلية أو بصفة قضائية أو غير قضائية تدل دلالة جازمة على أنه مزمع انكار الملكية على المالك والاستئثار بها دونه . فمجرد وضع يد أولاد الواقف على العين بنية الملك عقب قسمة أجروها بينهم ، ثم مجرد تصرفهم بالبيع لأولادهم المستحقين بعدهم فى الوقف لا شىء منهما يمكن قانونا اعتباره مغيرا لسبب وضع يدهم الذى لا يخرج عن الوراثة ولا عن الاستحقاق فى الوقف .

حسن النية أن يتمسك بوضع اليد الحاصل من المدين الراهن مدة خمس سنوات اذا أثبت وجود أسباب قوية أوجبت اعتقاده وقت الارتهان ملكية الراهن » .

فتفرض المادة أن المدين الذى قرر الرهن لم يكن مالكا للعقار ، فالرهن الذى يقرره يكون باطلا بطلانا مطلقا ، لأن الرهن وقع على مال مملوك للغير ، ولكن القانون أجاز للمرتهن ، بشروط مخصوصة ، أن يتمسك بالرهن كما لو كان الراهن مالكا للعقار المرهون .

وشروط تطبيق المادة هى الآتية :

(١) يجب على الدائن المرتهن أن يثبت أولا وضع يد مدينه مدة خمس السنوات السابقة على عقد رهنه ، ويجب أن يكون وضع اليد مستوفيا لكل الشروط القانونية اللازمة للامتلاك بمضى المدة .

(٢) أن يكون الدائن المرتهن حسن النية ، ولا يكفى أن يعتقد أن مدينه مالك ، بل يجب أن توجد لديه أسباب قوية أوجبت اعتقاده ملكية الراهن . وانه وان كان حسن النية مفروضا فى موضوع الامتلاك بمضى المدة فانه ظاهر من نص المادة أنه يجب على الدائن المرتهن أن يثبت وجود أسباب قوية أوجبت اعتقاده ملكية الراهن .

والدائنون الذين يجوز لهم التمسك بحكم المادة هم الدائنون المرتهنون رهنا تأمينيا . ولكن المحاكم المختلطة قررت أنه يجوز لمن حصل على حق اختصاص أن يتمسك بحكم المادة المذكورة ، لأن القانون شبه حق الاختصاص بالرهن التأمينى . وكذلك قررت المحاكم المذكورة أنه يجوز للمرتهن رهن حيازة أن يتمسك بحكم المادة . ولكن لا يجوز لمن انتقلت اليهم الملكية tiers acquéreurs أن يتمسكوا بحكمها ، بل يكونون خاضعين لأحكام مضى المدة على العموم[١] .

٨٦٦ — **شروط وضع اليد** — لكى يؤدى وضع اليد الى اكتساب الملكية يجب أن تتوافر فيه الشروط الآتية :

---

(١) راجع كتابنا « التأمينات الشخصية والعينية » نبذة ٢٧٤ .

(١) أن يكون ظاهرا publique .

(٢) أن يكون هادئا paisible .

(٣) أن يكون مستمرا continue .

(٤) ألا يكون غامضا non équivoque .

وقد نصت المـادة ٧٦ / ١٠٢ على هذه الشروط ، حيث قالت « تحصل ملـكية العقارات والحقوق العينية لمن وضع يده عليها ظاهرا بنفسه أو بوكيل عنه بغير منازع مدة خمس سنوات متواليات بصفة مالك بشرط أن يكون وضع اليد المذكور مبنيا على سبب صحيح . . . الخ » .

والنص الفرنسى للمادة أكثر وضوحا ، فقد جاء فيه :

La propriété et les droits réels s'acquièrent par une possession paisible, publique et continue à titre non équivoque de propriétaire, pendant cinq ans par soi-même ou par un tiers pour soi, pourvu que...

٨٦٧ — (١) **أن يكون ظاهرا** publique — يجب أن يكون وضع اليد ظاهرا ، كأن يحفر شخص فى أرض آخر جهارا ، فاذا حصل خفية ، بأن حفر شخص فى أرض الغير ليلا من غير أن يترك الحفر أثرا ، فلا يؤدى وضع اليد الى اكتساب الملـكية .

ولا بد أن يظهر وضع اليد بأعمال خارجية ، أى بأفعـال حائزة للصفات الـكافية لاعلام من يراد التمسك ضده بمضى المدة بكيفية لا ريب فيهـا بأن ذا اليد انما يدير العقار كالك له ، فاذا لم يظهر هـذا القصد جليا من الوقائع التى يتمسك بها ذو اليد ، فان وضع اليد يكون غير كاف للتمسك بمضى المدة .

ولا يشترط علم من يراد التمسك ضده بمضى المدة بالأعمال التى تظهر وضع اليد ، بل ان وضع اليد اذا كان ظاهرا يؤدى الى الامتلاك بمضى المدة ، متى كان فى امكان المتمسك ضده أن يعلم به ، وأن جهله بسبب عدم تيقظه أو لأى سبب آخر لا يعتبر خديعة من واضع اليد .

واذا كان وضع اليد خفيا عند بدئه ، ثم زال هذا العيب وأصبح ظاهرا ، فانه يمكن الامتلاك بمضى المدة من وقت زوال العيب [١] .

والخفاء عيب نسبى لا يحتج به الا من كان الخفاء بالنسبة له . ومن رأى بعض الشراح أن الخفاء عيب مطلق .

٨٦٨ — (٢) **أنه يكون هادئا** paisible — يعتبر وضع اليد غير هادىء اذا بدىء بالاكراه violence ، وما دام الاكراه موجودا فلا يعتبر هادئا ، كما اذا اغتصب شخص أرضا من آخر بالقوة ، وكلما حاول استردادها استعمل القوة ضده ، فاذا زالت القوة صار وضع اليد هادئا ، كما اذا استعمل شخص القوة للدخول فى حيازة الشىء ، ثم ترك القوة ، فانه يصح له الامتلاك بمضى المدة من وقت زوال العيب ، أى الاكراه (٢٢٣٣ فرنسى) [٢] . والقاضى هو الذى يفصل فيما اذا كان الاكراه قد زال أم لا . ولا يكفى أن يقع الاكراه على واضع اليد لاعتبار وضع يده غير هادىء ، بل يجب أن يرتكب هو نفسه بعض أفعال الاكراه للمحافظة على وضع يده .

ولا فرق بين الاكراه المادى أو الفعلى violence physique ، والاكراه المعنوى violence morale ، متى كان تأثيره فى المعتدى عليه محققا ، وليس من الضرورى أن تستعمل الأسلحة أو أن تحدث جروح ، بل ان مجرد الايذاء simples voies de fait يعتبر اكراها .

---

(١) أما اذا كان وضع اليد ظاهرا عند بدئه ثم أصبح خفيا ، فيرى معظم الشراح أن وضع اليد لا يبقى عندئذ صالحا لأن يؤدى الى الامتلاك بمضى المدة من اليوم الذى يصبح فيه خفيا ، ويرى بعض الشراح أن وضع اليد الذى يكون ظاهرا عند بدئه لا يصير خفيا بمجرد عدم الاستمرار على استعماله بصفة علنية ، على الأقل اذا كانت طبيعة الشىء لا تجعل الانتفاع به علنيا .

(٢) وهناك رأى يقرر أن وضع اليد لا يكون هادئا اذا بدىء بالاكراه ، بصرف النظر عن الاكراه الذى قد يوجه من الغير ضد واضع اليد ، أى أنه لا يلتفت الا لوقت وضع اليد لمعرفة ما اذا كان وضع اليد هادئا أم لا .

ولاعتبار وضع اليد غير هادىء يجب أن يكون قد بدىء بالاكراه كما تقدم ، فالتعدى الذى يقع أثناء الحيازة و يمنعه واضع اليد لا يشوب وضع اليد ، بل انه يعتبر هادئا رغم حصوله . وتميل المحاكم الى اعتبار وضع اليد غير هادىء اذا شابه الاكراه أثناء وضع اليد(١) .

والاكراه عيب نسبى ، فلا يمكن أن يحتج به الا الشخص الذى وجه الاكراه ضده ، فاذا طلب شخص استرداد عقار ، وادعى الحائز له أنه امتلكه بمضى المدة ، ولم يكن المسترد الشخص الذى استعمل ضده الاكراه ، بل كان شخصا آخر ادعى أنه مالك ، فليس للمسترد أن يدفع مضى المدة بسبب الاكراه ، لأن وضع اليد بالنسبة له كان هادئا .

٨٦٩ — (٣) **أنه يكون مستمرا** continue — يجب أن يكون الاستعمال متجددا على حسب العادة ، ولا يشترط أن يقوم واضع اليد بأعمال انتفاع متوالية بلا انقطاع ، فيكفى أن يقوم ، بانتظام ، بالأعمال التى يستنتج منها أنه يعمل بصفة مالك أو صاحب حق ، فحق المرور مثلا يعتبر مستمرا اذا كان المرور حاصلا بحسب المألوف(٢) .

و يختلف الاستعمال باختلاف طبيعة الشىء وما هو مخصص له .

و يبقى وضع اليد مستمرا وان عاقه مؤقتا مانع طبيعى أو قوة قاهرة(٣) .

وعدم الاستمرار عيب مطلق ، فيجوز لكل ذى مصلحة أن يحتج به .

٨٧٠ — (٤) **ألا يكون غامضا** Non équivoque — يرى بعض

---

(١) نقض فرنسى ١٠ مايو ١٨٦٥ دالوز ١٨٦٥ — ١ — ٤١١ ، ٢٦ اغسطس ١٨٨٤ دالوز ٨٥ — ١ — ٥٨ .

(٢) راجع نبذة ٥٨١ .

(٣) وقد حكم بأنه اذا حال طغيان المياه دون زراعة أرض وقتا معينا من كل سنة فلا يمنع ذلك من توافر صفة الاستمرار فى وضع اليد متى كان واضع اليد عليها يقوم بزرعها كلما سمحت له الأحوال بذلك (الزقازيق الابتدائية ٩ يونيه ١٩١٥ المجموعة ١٧ رقم ٤٢ ص ٦٣) .

الشراح أن الغموض أو الابهام ليس عيبا خاصا من عيوب وضع اليـد منفصلا عن باقى العيوب ، لأنه عبارة عن الشك الذى يشوب احدى صفـات وضع اليد ، كصفة الاستمرار أو العلانية . وعلى ذلك تكون عبارة عدم الغموض non équivoque الواردة بالمادة ٢٢٢٩/١٠٢/٧٦ مقصورة على الاثبات .

ولـكن بعضا آخر من الشراح وكذلك المحاكم يرون أن الغموض عيب خاص يشوب وضع اليـد مستقلا عن باقى العيوب ، وأنه عبارة عن الشك الذى يوجد ، لا بالنسبة لصفات وضع اليد ، بل بالنسبة لأحد أركانه ، كما اذا شاب نية التملك ، بأن أمكن تأويل أفعال وضع اليد باعتبارين ، كما هى الحال غالبا فى الملـكية المشاعة ، اذ لـكل من الشركاء على الشيوع الحق فى اجراء أعمال وضع اليد على مجموع الشىء ، وهذه الأعمال تكون فى الغالب مبهمة ، اذ قد تصدر من الشريك فى الملك بمقتضى حقه فى الملـكية ، أو بصفته واضعا اليد مستقلا بنية الامتلاك ، وما دام هذا الابهام موجودا فلا يكون لوضع يده أثر بالنسبة لباقى الشركاء ، ويجب عليه كى يضع حدا لهذا الابهام أن يظهر ظهورا جليا بأعمال واضحة تنبىء عن نيته فى وضع اليد بصفة مالك . كذلك اذا مات شخص وترك بعض أمواله مع أحد ورثته أو مع خادم كان يسكن معه ، و بقيت هذه الأموال تحت يد الوارث أو الخادم ، ثم ادعى أحدهما ملـكيته لها ، فان وضع اليد فى هذه الحالة يكون مشوبا بالغموض والابهام .

٨٧١ — اثبات وضع اليد — يصح اثبات وضع اليـد بجميع الطرق القانونية بما فيها البينة .

والأصل أن وضع اليـد يدل على الملك حتى يقوم الدليل على خلافه ، واثبات خلاف ذلك على المدعى ، والقول قول واضع اليد .

وقد قرر القانون الفرنسى فى المادة ٢٢٣٤ أن واضع اليد الحالى الذى يثبت وضع يده فى وقت سابق يعتبر أنه كان واضعا يده فى المدة التى تتخلل الزمنين ، الا اذا ثبت العـكس . وقد قررت هـذا الحـكم أيضا المـادة ١٠٤/٧٨ مصرى

بقولها : « من أثبت وضع يده على عقار أو حقوق عينية مدة معينة ، وكان واضعا يده عليها فى الحال ، فالمتوسط بين المدتين la possession intermédiaire يعتبر وضع يد له ، ما لم يثبت ما ينافى ذلك » . فعلى من يدعى انقطاع وضع اليـد أن يقوم باثبات مدعاه ، أى أن واضع اليد ليس عليه أن يثبت أن وضع يده لم يقطع ، بل ان الاثبات على خصمه .

انقطاع التقادم

Interruption de la prescription

٨٧٢ — لاكتساب الملكية أو الحقوق العينية بمضى المدة يجب ألا ينقطع وضع اليد بسبب من أسـباب الانقطاع ، والا فتسقط كل المدة التى تكون قد مضت ولا تحسب ، ولـكن يمكن أن تبدأ مدة جـديدة ، وقد ذكرنا ذلك عند التكلم فى الفرق بين انقطاع المدة ووقفها . وقد نصت على هذا الحـكم المـادة ١٠٩/٨١ بقولها « اذا انقطع التوالى فى وضع اليـد فلا تحسب المدة السابقة على انقطاعه » .

وتكلمت المادة ٨٢/ ١١٠ و١١١/٢٢٤٣ و٢٢٤٤ فى أسـباب الانقطاع ، اذ جاء فيها : « تنقطع المدة المقررة للتملك بوضع اليـد اذا ارتفعت اليد ولو بفعل شخص أجنبى ، وتنقطع المدة المذكورة أيضا اذا طلب المـالك استرداد حقه بأن كلف واضع اليد بالحضور للمرافعة أمام المحكمة par une citation en justice أو نبه عليه بالرد تنبيها رسميا مستوفيا للشروط اللازمة un commandement régulier en la forme ولو لم يستوف المدعى دعواه ، انما يشترط فى ذلك عدم سقوط الدعوى بمضى الزمن » .

والسبب الأول من أسـباب الانقطاع المذكور فى صدر المـادة يعبر عنه بالانقطاع الطبيعي interruption naturelle أو المادى . والسبب الثانى المذكور فى الجزء الثانى منها يسمى الانقطاع الحـكمى أو المدنى Interruption civile [1] .

(١) راجع مدنى فرنسى ٢٢٤٢ و ٢٢٤٣ .

وكما سبق القول لا يكون النوع الأول الا فى مضى المدة المكسب ، أى المبنى على وضع اليد ، فلا يكون فى مضى المدة المبرىء ، أما النوع الثانى فعام ، أى يكون فى النوعين .

والأسباب المذكورة الواردة بالمادة ٨٢/١١٠ و١١١ ليست الا على سبيل البيان والتمثيل ، لا من باب الحصر والتحديد[1] .

٨٧٣ — الانقطاع الطبيعى Interruption naturelle — يكون الانقطاع فى هذه الحالة بزوال اليد أو رفعها ، ويحصل بالأسباب الآتية :

(١) بالتنازل عن وضع اليد اختيارا Abandon volontaire ، بأن يترك واضع اليد الشىء الذى فى حيازته ، فاذا عاد بعد ذلك الى وضع يده ، فان المدة الأولى لا تحسب . واذا باع شخص ملكية العين التى كان واضعا اليد عليها فانه ينقل الى المشترى حقوق الملكية بما فيها وضع اليد ، ولكن اذا لم ينقل الا المنفعة فان وضع اليد يبقى له ، اذ أنه لم ينقل الا الاستعمال ، وقد علمنا أنه بمقتضى المادة ٧٦/١٠٢ يجوز أن يكون وضع اليد مباشرا ، أى بمعرفة نفس واضع اليد ، أو غير مباشر ، أى بواسطة الغير ، ولا يكون لهذا الغير الا الحيازة العرضية أو وضع اليد المجرد ، مثل حيازة صاحب حق الانتفاع أو المستأجر ، ولا تكون هذه الحيازة سببا فى انقطاع مضى المدة .

(٢) ازالة اليد قهرا Dépossession du possesseur ، سواء أكانت ازالة اليد حصلت بفعل المالك أم بفعل الغير[2] . ولكن لا يضيع وضع اليد على العقار الا اذا حرم واضع اليد من الانتفاع بالشىء مدة أكثر من سنة[3] .

---

(١) استئناف ١٦ ديسمبر سنة ١٩٢٥ المحاماة ٦ رقم ٢٩٩ ص ٤٢٥ — عكس ذلك : مصر ١٤ نوفبر ١٩٢١ المجموعة ٢٤ رقم ٥٦ — ذهنى بك نبذة ٣١٦ .

(٢) ويترتب على ازالة اليد انقطاع المدة سواء أكانت ازالة اليد حصلت بدون علم المدين أم بحضوره .

(٣) ٢٢٤٣ مدنى فرنسى ، ٢٣ مرافعات فرنسى ، ٢٩ مرافعات مختلط ، ٢٦ مرافعات أهلى .

ويجوز لواضع اليد القديم فى ظرف السنة من وقت التعرض أن يرفع دعوى وضع اليد l'action possessoire لاسترجاع العقار من واضع اليد الجديد ، فاذا نجح فى استرداده ، ولو صدر الحكم بعد مضى السنة ، فان المدة الماضية تحسب له ، أما اذا رفعت الدعوى ورفضت بحكم نهائى ولو قبل انتهاء ميعاد السنة فان المدة تقطع [1] .

وازالة اليد بقوة قاهرة ، كالفيضان ، ولو لمدة أكثر من سنة ، لا تقطع المدة .

٨٧٤ — **الانقطاع الحكمى أو المدنى** Interruption civile — هذا النوع مشترك ، كما تقدم ، بين مضى المدة المكسب ومضى المدة المسقط ، وهو مذكور فى الجزء الثانى من المادة ٨٢/١١١ بالنسبة لمضى المدة المكسب ، وقد نصت المادة ٢٠٥ / ٢٦٩ كما رأينا على أن القواعد المقررة للتملك بمضى المدة من حيث وقف سريانها تتبع أيضا فى التخلص من الدين بمضى المدة .

ويكون الانقطاع الحكمى بالصور الآتية :

٨٧٥ — **أولا** — رفع الدعوى بالحق ، أى تكليف المنتفع بمضى المدة بالحضور للمرافعة أمام المحكمة demande en justice [2] . والدعوى التى

---

(١) وتشترط أيضا المادة ٢٩ مرافعات مختلط والمادة ٢٣ مرافعات فرنسى مضى سنة على واضع اليد الذى يرفع الدعوى (راجع مرافعات أبو هيف بك نبذة ٤٦٧ ، مرافعات عبد الفتاح السيد بك ص ٣٣٢ وما بعدها) . ولكن هذا الشرط غير ضرورى فى القانون الأهلى ، بل ان الأمر متروك للمحكمة فى تقدير المدة التى يعتبر فيها وضع اليد أنه أصبح يستحق الاحترام وحماية القانون بحيث يكتسب صاحبه الحق فى رفع دعوى منع التعرض ، وربما قلت هذه المدة عن السنة أو كثرت باختلاف كل دعوى وظروفها (منفلوط الجزئية ٢٦ فبراير ١٩٢٦ المحاماة ٧ رقم ٢٦٠ ص ٣٨٤) .

(٢) ولقطع المدة يجب أن ترفع الدعوى على ذى اليد ، فرفعها على المستأجر لا ينتج أثره ، لأن المستأجر لا صفة له ولا مصلحة له فى التمسك بالتقادم (استئناف ١٦ ديسمبر ١٩٢٥ المحاماة ٦ رقم ٢٩٩ ص ٤٢٥) .

والمفهوم من نص المادتين ٨٢ و ٢٠٥ أن الشارع قد اشترط أن يتوافر فى الورقة التى تقطع مدة التقادم demande en justice معنى الطلب الواقع فعلا للمحكمة ، الجازم بالحق الذى =

تقطع المدة هى الدعوى الأصلية ، والدعوى الفرعية ، ودعوى الخصم الثالث ، وبالاجمال كل طلب يقدم للمحكمة أثناء نظر الدعوى لكى تفصل فيه . فاذا رفع المالك دعوى على واضع اليد بطلب عقارات ، فمجرد وصول الاعلان يقطع المدة .

وقد اختلفوا فى حكم الاعلان الباطل من حيث الشكل ، فرأى بعضهم أنه يترتب عليه انقطاع المدة ، ورأى بعض آخر العكس ، أما القانون الفرنسى فقد نص صراحة على أنه لا يقطع المدة (مدنى ٢٢٤٧) . على أن الشراح الفرنسيين ضد هذا النص . والأفضل اعتبار الاعلان الباطل شكلا كرفع الدعوى أمام محكمة غير مختصة ، أى أنه يترتب عليه انقطاع المدة .

ويشترط فى الدعوى التى تقطع المدة أن يحكم للمدعى فيها ، فاذا رفضت الدعوى شكلا أو موضوعا ، أو قضى بعدم قبولها بالحالة التى هى عليها (ولو مع حفظ الحق فى رفع دعوى جديدة) ، أو قضى فيها ببطلان المرافعة[1] Péremption d'instance ، أو تنازل صاحبها عنها Désistement [2] ، فتعتبر كأن لم تكن ولا يترتب عليها أى أثر .

وتقطع المدة ولو كان رفع الدعوى أمام محكمة غير مختصة كما تقدم (مدنى فرنسى ٢٢٤٦) .

ولا يترتب على شطب الدعوى من جدول القضايا زوال نتائج الاعلان ، لأنه لا يترتب عليه بطلان الاجراءات التى تمت فى الدعوى ، وانما يترتب عليه

= يراد استرداده (فى التقادم المملك) ، أو بالحق الذى يراد اقتضاؤه (فى التقادم المبرىء من الدين) . ولهذا لا تعتبر صحيفة الدعوى المرفوعة بحق ما قاطعة الا فى خصوص هذا الحق أو ما التحق به من توابعه ، مما يجب لزوما بوجوبه أو يسقط كذلك بسقوطه ، فان تغاير الحقان أو تغاير مصدرهما فالطلب الحاصل بأحدهما لا يكون قاطعا لمدة التقادم بالنسبة للحق الآخر (نقض ٢٤ ديسمبر ١٩٣١ ملحق مجلة القانون والاقتصاد ٣ رقم ٢٢) .

(١) راجع ٢٩٩ مرافعات وما بعدها .

(٢) راجع ٣٠٥ مرافعات .

مجرد وقف سير الدعوى (١) .

٨٧٦ — ثانيا — تنبيه صاحب الحق المهدد على المنتفع بسريان المدة تنبيها رسميا برد المال وايفاء التعهد Commandement — ويجب أن يكون التنبيه رسميا ، أى على يد محضر ، وأن يكون مستوفيا للشروط اللازمة ، كالتنبيه بالدفع ، أو الحجز على مال المدين لدى الغير اذا أعلن للمدين ، وكذلك الحجز التنفيذى ، والحجز الامتيازى الذى يوقعه المؤجر على المستأجر بواسطة الادارة (٢) .

ويجب أن يكون صحيحا ، فاذا حكم ببطلانه فلا يترتب عليه أثر .

ولا يشترط أن تتلوه اقامة الدعوى .

وهو لا يكون الا بناء على سند واجب التنفيذ ، كعقد رسمى أو حكم (٣) .

فالانذار لا يعد تنبيها ، لأنه لا يدل على المطالبة الجدية ، بل هو مجرد تهديد ، ولا يقطع المدة الا اذا شمل التكليف بالحضور أمام المحكمة لسماع الحكم .

ومجرد ارسال خطاب من الدائن للمدين بطلب الدين لا يؤدى الى انقطاع المدة .

٨٧٧ — ثالثا — اقرار أو اعتراف المنتفع من سريان المدة بالحق

---

(١) راجع ١١٩ مرافعات .

(٢) استئناف ١٧ مارس ١٩١٥ الشرائع ٢ رقم ٢٣٢ ص ٢١٨ — وقد حكمت محكمة الاستئناف بانقطاع المدة فى حالة التنبيه من الدائن الذى بيده حكم بالدين على المدين تنبيها عقاريا صحيحا شكلا ، حتى ولو لم يكن نزع الملكية مستطاعا بناء على هذا التنبيه لكون الحكم القاضى بالدين لم يبين مقداره (١٧ فبراير ١٩٢٠ المجموعة ٢٢ رقم ٤ ص ٥) . وأنه اذا ذكر فى مخالصة أن المؤجر يحفظ لنفسه الحق فى المطالبة بأجرة خاصة بمدة سابقة فلا يكفى هذا التحفظ لقطع سريان المدة اللازمة لسقوط حقه فى تلك الأجرة (طنطا استئناف ٢٢ نوفبر ١٩١٩ المجموعة ٢١ رقم ١٢٠ ص ١٩٤) . وأن التشكى فى مسائل التركات الى بيت المال يقطع المدة القانونية المقررة لسقوط الحق ، لأنه حصل لجهة مختصة فى هذه المسائل ، بخلاف التشكى الذى يقدم للجهات الادارية الأخرى غير المختصة فانه لا يقطع المدة (استئناف ٢ يناير ١٨٩٦ الحقوق ١١ ص ١٤٢) .

(٣) راجع المادة ٣٨٤ مرافعات .

Reconnaissance volontaire ، ويكون هذا الاعتراف صراحة ، ويكون دلالة ، كدفع فوائد أصل الدين ، أو دفع قسط ، أو دفع أجرة العقار ، أو طلب اصلاحات فيه (١) .

وقد نصت على هذا السبب المادة ٢٢٤٨ فرنسى التى جاء فيها : ينقطع مضى المدة باعتراف المدين أو واضع اليد بحق من يسرى مضى المدة ضده .

ويجب تطبيق هذا الحكم فى القانون المصرى أيضا (٢) .

ولا يشترط فى الاعتراف أن يكون بحضور الشخص الذى يسرى مضى المدة ضده ، أو أن يقبله ، أو أن يكون أمام القضاء .

وتطبيقا للقواعد العامة اذا كان التقادم مكسبا يجب أن يكون الصادر منه الاعتراف أهلا للتصرف .

٨٧٨ — **من يستفيد من الانقطاع** — انقطاع المدة الناشىء عن اجراآت قضائية ، كالتكليف بالحضور أو التنبيه الرسمى المستوفى للشرائط اللازمة ، لا يفيد الا من حصلت منه هذه الاجراآت (٣) ، خلافا للانقطاع الطبيعى فان له أثرا مطلقا ، أى أن المدة تقطع فيه بالنسبة لكل انسان erga omnes ، فيستفيد من الانقطاع كل شخص له حقوق على العقار مهددة بمضى المدة ، وذلك

---

(١) ملوى ١٥ نوفبر ١٨٩٩ الحقوق ١١ ص ٢٣٤ : ان حيازة المرتهن للعين المرهونة مانعة من سقوط حقه فى المطالبة بالدين ، لأن وجود العين فى يده اقرار ضمنى من المدين بالدين .

(٢) راجع استئناف أهلى ٨ يونيه ١٨٩٩ المجموعة ١ ص ٩٩ : الاتفاق الحاصل أمام المحكمة بين المدعى والمدعى عليه على أن الأخير يقدم حسابا عن المبلغ المطلوب والاقرار بعد ذلك منه بأنه قدم الحساب فعلا يقطع المدة اذا حصل أثناء سريانها ويمنع حكمها اذا تم بعد انتهائها .

واستئناف ٩ يونيه ١٩١٤ الشرائع ١ رقم ٤٦٥ ص ٣١١ : اذا طالب المدعى قبل رفع الدعوى المدعى عليه بموجب مكاتبة بالحق الذى يدعيه ، فأجاب المدعى عليه على هذه المكاتبة بانكار هذا الحق بدون أن يتمسك بسقوط التقادم ، فلا يمنع هذا من أن يتمسك المدعى عليه فى الدعوى بسقوط الحق المطالب به بمضى المدة .

(٣) كذلك لا يمكن التمسك به الا ضد الشخص الذى عمل ضده .

لأن الانقطاع الطبيعى فعل مادى ، وهو فقد وضع اليد [1] .

وقف التقادم

Suspension de la prescription

٨٧٩ — وقف التقادم هو اجراء ميز به القانون بعض الأشخاص الذين لا يكونون فى حالة تمكنهم من القيام بالأعمال التى يترتب عليها قطع المدة السارية ضدهم ، وهو كما تقدم عبارة عن وقف المدة زمنا معينا ثم جريانها ثانيا بعد انتهائه .

٨٨٠ — *من لا تسرى المدة ضدهم* — جاء فى المادة ١١٣/٨٤ « لا يسرى حكم تملك العقار بمضى المدة الطويلة على من يكون مفقود الأهلية شرعا légalement incapables » . وجاء فى المادة ١١٤/٨٥ « وكذلك لا تسرى على مفقود الأهلية المذكور أحكام ما عدا ذلك من أنواع التملك بمضى المدة الطويلة متى كان المعتبر فيها أزيد من خمس سنوات » [2] .

٨٨١ — *مفقود الأهلية* — قضت المادة ١١٣/٨٤ بأن مضى المدة لا يسرى على مفقود الأهلية شرعا .

٨٨٢ — *الصغير* — يعتبر الصغير مفقود الأهليـة شرعا ، فلا تسرى عليه أحكام المدة ، وتقف المدة بالنسبة له حتى يبلغ سن الرشد .

٨٨٣ — *الغائب* — كذلك الغائب لا تسرى عليه أحكام مضى المدة . والغائب هو من ابتعد عن مركز أشغاله ولم يترك دليلا عنه ، ولو لم يتعد حدود وطنه ، وغيابه ليس باضطرارى . على أنه يوجـد رأى آخر يقول بسريان المدة ضد الغائب .

---

(١) استئناف ١٨ ابريل ١٩٠٥ الحقوق ٢٠ ص ١٩٨ : ان قطع المدة لأحد الشركاء فى عقار غير قابل للانقسام يوجب انقطاعها بالنسبة للباقين حتما ، وليس ذلك لأن بعضهم ينوب عن بعض ، بل لأن طبيعة الحق غير القابل للانقسام تأبى اكتسابه مجزأ ، فاما أن يكتسب كله أو لا يكتسب شىء منه أصلا .

(٢) راجع نبذة ٨٨٧ .

٨٨٤ — **المحجور عليه** — كذلك المحجور عليه ، وهو الذى يصدر قرار بالحجر عليه ، لا يسرى ضده التقادم ، أما الذى يكون فى حالة من البله والجنون تستدعى الحجر عليه ولكنه لم يحجر عليه بعد ، حتى ولو كان موضوعا فى مستشفى للأمراض العقلية ، فانه يجوز أن يسرى التقادم ضده حتى يحصل الحجر ، ومتى حجر عليه يقف سريان المدة .

ولا فرق بين المحجور عليهم بسبب شرعى والمحجور عليهم بسبب عقوبة جنائية Interdiction légale ، وان كانت هذه المسئلة خلافية .

ومضى المدة يقف ضد المحجور عليه والصغير ولو كان لهما أوصياء أو قامة .

٨٨٥ — **الزوجان** — قد نص القانون الفرنسى بالنسبة للزوجين على أن المدة لا تسرى بينهما طول مدة الزواج (٢٢٥٣ فرنسى) . والقانون المصرى لم ينقل هذا النص ، ولكن علاقات الزوجية والوئام الواجب بين الزوجين تحول دون اتخاذ الاجراءات القانونية لصون حقوقهما قبل بعضهما البعض ، ولذلك يمكن اعتبار سريان المدة واقفا بينهما ما دامت الزوجية قائمة .

٨٨٦ — **بدء وقف التقادم** — الشراح متفقون على أن مضى المدة يصح أن يبدأ سريانه ضد الصغير والمحجور عليه ، ولكنه يقف فى الحال ، فهو يوجد ولكنه لا يسرى ضدهما ، وليست لذلك أهمية ، غير أنه بالنسبة لمضى المدة المكسب فان الفعل المكون لوضع اليد لا يشترط فى هذه الحالة تجديده عند ما يعود جريان المدة .

وقد يحصل أن يسرى التقادم ضد أشخاص بالغين جزءا من الزمن ، ثم يحل محل هؤلاء البالغين أشخاص آخرون يكونون قصرا أو محجورا عليهم ، كما اذا وضع (ا) يده على عقار (ب) مدة سبع سنين مثلا ، ثم مات (ب) وترك صغيرا ، فعند ذلك تقف المدة ، ولا تعود الى السريان الا اذا زال سبب الوقف ، أى اذا بلغ الصغير سن الرشد ، وتضاف المدة اللاحقة الى المدة السابقة ، فاذا وضع (ا) يده مدة ثمان سنين أخرى تم له تملك العقار . ولكن اذا وجد أثناء

المدة الجديدة سبب من أسباب الانقطاع فان المدة القديمة تسقط كلها .

٨٨٧ — مادتا ٨٤ ، ٨٥/١١٣ ، ١١٤ : الاختلاف فى تفسيرهما — اختلف عند تفسير المادتين ٨٤ و ٨٥/١١٣ و ١١٤ فيما اذا كان مضى المدة يقف ضد مفقود الأهلية اذا كانت مدته لا تزيد على خمس سنوات .

فرأى يقرر أن المدة المكسبة للحقوق أو المسقطة لها نوعان : المدة الطويلة ، وهى ما زادت على خمس سنين ، والمدة القصيرة ، وهى خمس سنين فما دون ذلك ، وأن عدم الأهلية لا يقف سريان المدة القصيرة ، سواء أكان التقادم مكسبا أم مسقطا للحقوق .

ورأى آخر يقرر وجوب التفريق بين التقادم المكسب والتقادم المسقط ، وأن حكم التقادم المكسب ، سواء أكانت مدته خمس سنين أم خمس عشرة سنة ، لا يسرى على القاصر ومن فى حكمه ، وذلك لأن المادة ٨٤ تكلمت فى مضى المدة المكسب فقط ، ونصها عام ، أى غير قاصر على مضى المدة الطويلة ، أما المادة ٨٥ فانها متعلقة فى الحقيقة بمضى المدة المقررة لبراءة الذمة من الديون ، ولو أنها واردة فى فصل الامتلاك بمضى المدة ، وبمقتضاها يسرى مضى المدة المسقط الذى لا تزيد مدته على خمس سنوات على فاقدى الأهلية ، بخلاف ما اذا كانت مدته أزيد من خمس سنوات فانه لا يسرى عليهم .

ونحن من الرأى الثانى ، لأنه بالرجوع الى المادة ٨٤ نجد نصها الفرنسى كالآتى :

« La prescription acquisitive, en matière immobilière, ne court pas contre ceux qui sont légalement incapables ».

أى أن مضى المدة المكسب فى المواد العقارية [١] لا يسرى على مفقودى الأهلية شرعا . ومن هذا النص يرى أن المادة لم تفرق بين المدة الطويلة والمدة

---

(١) أما امتلاك المنقول بمضى المدة فقد أتت بأحكامه المادتان ٧٦ ، ٨٧/١١٥ ، ١١٦ .

القصيرة ، وعلى ذلك لا محل للفظ « الطويلة » الوارد بالنص العربي صفة لمضى المدة (١) .

أما المادة ٨٥ فنصها الفرنسى :

« Aucune autre prescription de plus de cinq années ne court contre ces mêmes incapables ».

وترجمته الحرفية : « أى تقادم آخر مدته أكثر من خمس سنوات لا يسرى على مفقودى الأهلية المذكورين » . فيرى من هذا النص أن المادة لم تقل مضى المدة المكسب ، بل قالت أى تقادم آخر ، بعد أن ذكرت التقادم المكسب فى المادة التى قبلها ، وعليه يكون النص العربى غير مطابق للنص الفرنسى ، ويجب الأخذ بالنص الفرنسى ، وهو مطابق لنص القانون المختلط المستمد من القانون الفرنسى (٢) .

وحكمة منع سريان امتلاك العقار بمضى المدة ضد من يكون فاقد الأهلية شرعا متوافرة فى حالتى المدة الطويلة والمدة القصيرة ، وهى حماية القانون لعقار فاقد الأهلية . أما بالنسبة لمضى المدة المسقط فان المدد القصيرة خاصة بالديون التى يكون موضوعها مبالغ جرت العادة على دفعها من غير تأخير ، لأنها ضرورية لتعيش الدائن ، وقد اكتسبها فى الغالب بسبب حرفته ، ومتى كانت له الأهلية فى الحصول عليها فقد اعتبر القانون أن له الأهلية فى المطالبة بها .

---

(١) وسبب اللبس هو أن واضع القانون كثيرا ما يعبر عن التقادم بعبارة « مضى المدة الطويلة » مهما كانت مدته . فلفظ « الطويلة » هنا لا يؤخذ منه أن المدة أكثر من خمس سنوات .

(٢) راجع المادة ٢٢٥٢ فرنسى ونصها : لا يسرى التقادم على القصر والمحجور عليهم ما عدا ما هو مذكور فى المادة ٢٢٧٨ وما عدا الأحوال الأخرى المبينة فى القانون .

والمادة ٢٢٧٨ نصها : « تسرى أنواع التقادم الواردة بالمواد المذكورة فى هذا الفصل على القصر والمحجور عليهم ، ولهم حق الرجوع على أوصيائهم » . والمواد المشار اليها فى هذه المادة هى المتعلقة بالتقادم المسقط الخاص بالمبالغ المستحقة للأطباء والمحامين والمهندسين والمحضرين وكتبة المحاكم والمرتبات والايجارات والفوائد وكافة ما يستحق دفعه سنويا الخ .

ويلاحظ أيضا أن المدد القصيرة التى تكون ٣٦٠ يوما أو أقل يشترط فيها لابراء ذمة من يدعى التخالص منها حلف اليمين ، فليست لها نفس الأهميـة التى للتقادم الأطول المبنى على اعتبار براءة المتعهد من الدين من غير أن يحلف أو يثبت شيئا .

٨٨٨ — **القوة القاهرة** Force majeure — هل يسرى مضى المدة على من منعته قوة قاهرة من المطالبـة بحقه ؟ كانت القاعدة فى القانون الفرنسى القديم هى الآتية :

Contra non valentem agere non currit praescriptio = la prescription ne court point contre celui qui n'est pas en état d'agir.

أى أن مضى المدة لا يسرى على من لا يكون فى حالة يتمكن فيها من العمل . وانه وان كان القانون الفرنسى نص فى المـادة ٢٢٥١ على أن « مضى المدة يسرى على كل انسان الا اذا كان من الأشخاص الذين استثناهم القانون — القصر والمحجور عليهم والزوجان — فان المحاكم طبقت القاعدة القديمة المتقدمة رغم نص المادة ٢٢٥١ ، مقررة أن القانون لم يتعرض لذكر أسباب الوقف المستقلة عن الأشخاص .

واذا كان هـذا هو الحال فى فرنسا حيث يوجد نص المـادة ٢٢٥١ ، فان القاعدة المتقدمة يمكن تطبيقها من باب أولى فى مصر ، حيث لا يوجد نص يقابل النص السابق ذكره .

وعلى ذلك لو منع صاحب الحق بقوة قاهرة من المطالبة بحقه ، كما اذا وقف سير القضاء باعلان الأحكام العرفية ، أو أسر صاحب الحق ، أو وجد مانع قانونى يمنع من المطالبة بالحق فان مضى المدة يقف بالنسبة له .

٨٨٩ — **اتحاد الذمة** Confusion — اذا اجتمعت صفتا مالك وواضع يد ، أو دائن ومدين ، فى شخص واحد فان مضى المدة يقف طول الوقت الذى يبقى فيه اتحاد الذمة .

٨٩٠ — وقف المدة الاتفاقي Suspension Conventionnelle— انه وان كان لا يجوز التنازل عن مضى المدة قبل حصوله ، فان هـذه القاعدة لا تمنع من الاتفاق على وقف سريان التقادم زمنا معينا ، كأن يتفق على وقفه أثناء تحكيم أو دعوى بين الطرفين .

٨٩١ — من يستفيد من وقف المدة — لا يستفيد من وقف المدة الا من وجد سبب الوقف فى مصلحته ، فلا يستفيد منه باقى الدائنين ، ولو كان الدائنون متضامنين الا فى حالة عدم قابلية الدين للتجزئة .

ضم وضع اليد

Jonction ou accession des possessions

٨٩٢ — تقدم القول انه يجب أن يكون وضع اليد مستمرا ، غير أنه لا يشترط أن يكون وضع اليد حاصلا من نفس الشخص طول المدة ، فقد نصت المادة ١٠٣/٧٧ على أنه « يجوز لواضع يده على العقار أو الحقوق العينية أن يضم لمدة وضع يده عليها مدة وضع يد من انتقل ذلك منه اليه » .

وهذا الحكم مأخوذ من المادة ٢٢٣٥ فرنسى التى نصها : « لاتمام مضى المدة يجوز لواضع اليد أن يضم الى وضع يده وضع يد الشخص الذى انتقل ذلك منه اليه ، سواء أتلقاه منه بسبب عام أم خاص à titre universel ou particulier ، وسواء أكان بغير عوض أم بمقابل » . أى مهما كان سبب الانتقال من واضع اليد الى الخلف .

ولواضع اليد أن يضم ، لمدة وضع يده ، مدة الشخص الذى انتقل ذلك منه اليه مباشرة ، بل له أيضا أن يضم وضع يد من سبقوه ، على شرط ألا يكون وضع اليد قد تخلله سبب من أسباب الانقطاع ، والا احتسبت مدة وضع اليد من بعد آخر مدة حصل فيها الانقطاع [١] .

---

(١) ولا يجوز وضع ضم يد الى وضع يد آخر الا اذا كان الغرض منهما واحدا ، فلا يجوز للخلف الذى يريد امتلاك عقار بمضى المدة أن يضم وضع يد من تلقى الحق عنه اذا كان وضع يد هذا الأخير لم يكن بقصد الامتلاك ، بل بقصد اكتساب حق عينى .

واذا انتقل وضع اليد الى خلف عام ayant cause universel مثل الوارث فانه يستمر فى وضع اليد السارى ، لأنه يتمم شخصية مورثه المدنية ، ويرث منه حقوقه بصفاتها ، فيتمم وضع اليد الذى بدأه مورثه . واذا كان مورثه سيىء النية فان وضع اليد ينتقل اليه باعتبار أنه حصل مع سوء النية ، ولا يغير صفته حسن نيته هو . واذا كان مورثه حسن النية ، وكان هو سيىء النية ، فانه يتمم مضى المدة الذى بدأ باعتبار توافر حسن النية . وفى الواقع لا يوجد ضم فى هذه الحالة ، بل حيازة واحدة يبدؤها السلف ويتمها الخلف العام .

أما اذا انتقل وضع اليد بسبب خاص à titre particulier ، مثل البيع والمقايضة والهبة والوصية بعقار معين ، فان من انتقل اليه لا يتمم شخصية من تلقى منه الحق ، والقاعدة التى يجب تطبيقها هى أنه لا يجوز لأحد أن ينقل الى الغير حقوقا أكثر مما له nul ne peut transférer à autrui plus de droits qu'il n'en a lui-même ، فينتقل اليه وضع اليد بالصفة التى يكون بها ، ولكنه لا يعتبر متمما لشخصية من نقل اليه الحق . فاذا كان من نقل اليه الحق سيىء النية ، وكان هو حسن النية ، فانه يجوز له أن يبدأ مضى خمس سنوات من وقت وضع يده ، ولا يضم اليه مدة سلفه ، ولكنه ، اذا أراد ، يجوز له أن يضم مدة سلفه الى مدته ويتمسك بمضى المدة الطويلة (١٥ سنة) ، لا بمضى مدة خمس سنوات ، ويكون ذلك من مصلحته اذا كانت المدة الباقية على اكتساب الحق بمضى المدة التى بدأها سلفه أقصر من مدة الخمس السنوات ، اذ يجب ألا يكون حسن نيته سببا فى ضرره . ولكن اذا كان المالك حسن النية ، وكان الخلف الذى تلقى عنه الحق بعقد خاص سيىء النية ، فان هذا الأخير لا يكتسب الحق الا بمضى ١٥ سنة ، وله أن يحسب منها مدة وضع يد سلفه . واذا كان هو حسن النية ، وسلفه حسن النية كذلك ، فله أن يضم المدتين ، ويمتلك العقار بمضى خمس سنوات . واذا كان الاثنان سيئى النية فله أن يضم مدة سلفه ، ولا يملك الا بمضى ١٥ سنة .

ويلاحظ أنه يكفى بالنسبة للخلف ، كما يكفى بالنسبة لمن تلقى عنه الحق ، أن يوجد حسن النية فى بادىء الأمر ، ولا يهم زواله بعد ذلك mala fides superveniens usucapionem non impedit (المادة ٢٢٦٩ مدنى فرنسى) .

ويلاحظ أيضا أنه ، لكى يمكن ضم وضع يد الخلف بحسن نية الى وضع يد الشخص الذى تلقى الحق عنه اذا كان حسن النية أيضا ، يجب أن يثبت الخلف وجود سبب صحيح وحسن النية عند السلف .

المدة المكسبة

٨٩٣ — لا يتم الملك لواضع اليد اذا لم يكن لديه سبب صحيح أو لم يكن حسن النية الا بمضى ١٥ سنة .

أما اذا كان لديه سبب صحيح وكان حسن النية فانه يتم له الملك بمضى خمس سنين . واذا كان وارثا فيشترط بعض المحاكم مضى مدة ٣٣ سنة ، والزمن اللازم لاكتساب ملكية الأموال الموقوفة بمضى المدة هو أيضا ٣٣ سنة بحسب رأى بعض المحاكم ، و ٥ ، و١٥ سنة بحسب رأى بعض آخر . وسنتكلم فى ذلك تفصيلا فيما بعد .

٨٩٤ — **التقادم القصير أو الخمسى** Usucapion quinquennale — يشترط للامتلاك بمضى مدة خمس سنوات أن يكون واضع اليد : (ا) ذا سبب صحيح ، (ب) حسن النية .

٨٩٥ — (ا) **السبب الصحيح** Juste titre — السبب أو السند الصحيح هو العمل القانونى الناقل بطبيعته للملكية أو للحقوق العينية ، مثل البيع والمقايضة والهبة والعقود المنشئة لحق الانتفاع أو لحقوق الارتفاق . ولا يعتبر سببا صحيحا عقد الاجارة أو الوديعة أو العارية أو رهن الحيازة .

والمقصود من السبب هو العمل القانونى negotium ، لا المحرر أو الكتابة التى تعمل لاثباته instrumentum ، فانه يجوز الامتلاك بمضى المدة ولو لم يحرر

سند للتصرف ، وتتبع بالنسبة للتصرف القواعد الخاصة بالاثبات .

ولكي يكون السند صحيحا لا يشترط أن يكون قد نقل الملكية بالفعل ، والا فلا حاجة للامتلاك بمضي المدة . ولا يلجأ لمضي المدة الا اذا كان هناك عيب في السند فلا تنتقل الملكية بموجبه ، بأن كان العقد صادرا من غير مالك ، أو صادرا من مالك غير أهل للتصرف ، أو ليس سليم الرضا .

فالمهم لاعتبار العقد سببا صحيحا أن يكون صالحا في ذاته لنقل الملكية ، بصرف النظر عن صدوره من المالك الحقيقي أو من سواه ، وعن كون الصادر منه العقد متمتعا بأهلية التصرف أولا . وقد عرفته محكمة النقض [1] كالآتي : « المراد بالسبب في تملك العقار بالتقادم الخمسي هو كل تصرف قانوني يستند اليه واضع اليد في تسلم العقار ، ويجعل وضع يده عليه حلالا خاليا من شبهة الغصب في نظره واعتقاده هو . والمراد بكون السبب صحيحا في هذا الباب هو أن يكون بطبيعته ناقلا للملك لو أنه صدر من مالك أهل للتصرف . ولهذا يصلح العقد الباطل بطلانا نسبيا ، وكذا العقد المعلق على شرط فاسخ مدة قيام هذا الشرط ، لأن يكون سببا صحيحا لتمليك المشترى على أساسه العقار بوضع اليد » .

٨٩٦ — **شروط السبب الصحيح** — يشترط أن يكون السبب صحيحا valable ، لا معيبا من حيث الشكل ، أو مشوبا ببطلان مطلق ، وأن يكون حقيقيا réel ، لا ظنيا putatif ، وأن يكون نهائيا définitif ، لا معلقا على شرط .

٨٩٧ — **العقد الباطل** — لا يعتبر العقد الباطل nul سندا صحيحا ، لأنه من الوجهة القانونية لا يمكن أن يعتبر عقدا ، كما اذا كان صادرا من عديم الأهلية ، كالمجنون أو الطفل الذي لا يعقل ، أو اذا كان سببه غير جائز قانونا [2] .

---

(١) نقض ١٦ يونيه ١٩٣٢ مجلة القانون والاقتصاد ٣ (ملحق : الدائرة المدنية) ص ٤١ ، المحاماة ١٣ رقم ٦٤ ص ١٦١ .

(٢) راجع استئناف ٢ فبراير ١٩٢٤ المجموعة ٢٦ رقم ٣٤ ص ٥٨ : اذا باع الوصى عقار القاصر بدون اذن وتصديق المجلس الحسبي أو المجلس الملي المختص فالعقد باطل ولا يصلح أساسا للتملك بالسبب الصحيح ، ولو مضت خمس سنوات على وضع يد المشترى على العين المبيعة.

٨٩٨ — **العقد الفاسد** — ولكن العقد الفاسد ، أى القابل للبطلان annulable ، يعتبر سندا صحيحا ، كالعقود التى تعمل بناء على خطأ أو بطريق الاكراه أو الغش أو التى تكون صادرة من ناقصى الأهلية ، فان هذه العقود تعتبر صحيحة ويترتب عليها كل أثرها حتى تبطل ، فاذا أتم واضع اليد المدة القانونية (خمس سنوات) قبل أن تبطل فانه يكتسب الحق بمضى المدة على شرط أن يكون حسن النية [١] .

٨٩٩ — **العقد الباطل شكلا** — اذا كان العقد باطلا شكلا لا يعتبر سببا صحيحا ، ولا يمكن أن ينبنى عليه الامتلاك بمضى خمس سنين ، كما فى حالة الهبة اذا لم تحرر بعقد رسمى فى الأحوال التى يشترط فيها القانون ذلك ، وقد نص القانون الفرنسى على هذه الحالة فى المادة ٢٢٦٧ .

٩٠٠ — **العقد غير المسجل** — اختلف فيما اذا كان يشترط تسجيل العقد لاعتباره سببا صحيحا . وقد قررت محكمة النقض [٢] أنه « لا يشترط تسجيل السبب الصحيح لامكان احتجاج واضع اليد به على المالك الحقيقى لافادة التملك بالتقادم الخمسى . أما اشتراط ثبوت تاريخ السبب الصحيح للاحتجاج به فى تحديد مبدأ وضع اليد فلا نزاع فيه قانونا » . ولكن هذا الرأى محل نظر [٣] .

---

(١) راجع نبذة ٩١٨ .

(٢) نقض ٢٨ ديسمبر ١٩٣٣ مجلة القانون والاقتصاد ٤ (ملحق : الدائرة المدنية) ص ٤٦ .

(٣) سبق القول أن بعض الأحكام تعتبر العقد غير المسجل غير موجود ، لفقد ركن من أركانه ، ويترتب على ذلك أنه لا يمكن اعتباره سببا صحيحا ، وبعض الأحكام لا تعتبر التسجيل من أركان العقد ، وتقرر أن البيع يكون صحيحا وان لم يسجل ، الا أنه لا ينقل الملكية ، ومتى كان الأمر كذلك فلا يكون السند غير المسجل سببا صحيحا (راجع ذهنى بك ، السبب الصحيح فى التقادم الخمسى (المحاماة ٦ ص ٥٣٥) ، وان كان يقرر فى هذا المقال أن البيع غير المسجل صحيح ، ومع ذلك فهو فى الوقت نفسه باطل بطلانا مطلقا من حيث نقل الملكية ! ونقل الملكية فقط ، وعلى هذا الاعتبار لا يعتبر سببا صحيحا مملكا بالتقادم الخمسى . ومن رأى الأستاذ حامد فهمى بك (المحاماة ٧ ص ٩٧ وما بعدها) أن البيع صحيح وان لم يسجل ، وأن التقادم الخمسى جائز رغم عدم التسجيل .

٩٠١ — السند الظنى Putatif ou imaginaire — يجب أن يكون السند حقيقيا ، فان كان ظنيا ، أى لا يوجد الا فى مخيلة واضع اليد ، فلا يكفى للامتلاك بالمدة القصيرة ، كما اذا وضع شخص يده على عقار معتقدا خطأ أن وكيله الذى كلفه بشرائه قد قام فعلا بتنفيذ وكالته .

٩٠٢ — العقد المعلق على شرط — اذا كان العقد معلقا على شرط واقف فلا يعتبر سندا صحيحا ، وليس لمن وضع يده على العقار أن يتمسك بالامتلاك بمضى خمس سنين ما دام الشرط معلقا ، ولا تجرى المدة الا من وقت تحقق الشرط ، لأنه قبل ذلك لا يوجد العقد .

أما المشترى تحت شرط فاسخ فان سنده ينقل الملكية فى الحال ، ويصح له أن يضع يده ضد المالك الحقيقى ، واذا ما تمت المدة وأخفق الشرط فان أثر التقادم يبقى نهائيا ، أما اذا تحقق الشرط فان السند يفسخ ، ونظرا للأثر الرجعى يسقط معه مضى المدة الذى ترتب عليه .

٩٠٣ — العقد الصادر من المالك على الشيوع — بيع الشريك على الشيوع جزءا مفروزا محدودا ينقل الملك بطبيعته ولذاته وبصرف النظر عن كون البائع مالكا للمبيع كله أو بعضه ، فهو صالح اذن لأن يكون سببا صحيحا لامتلاك المبيع بالتقادم متى توافر عند المشترى حسن النية [1] .

٩٠٤ — الأحكام والعقود المقررة للملكية — لا يعتبر الحكم سندا صحيحا ، لأن الأحكام مقررة للحقوق ، لا منشئة لها ، وقد قلنا ان السند الصحيح هو الذى يكون بطبيعته ناقلا للملكية .

وتستثنى من الأحكام أحكام مرسى المزاد لأنها ناقلة للملكية .

وعقود الصلح والقسمة لا تعتبر سببا صحيحا ، لأنها مقررة للحقوق ، لا ناقلة لها ، وكذلك اعلام ثبوت الوراثة .

---

(١) نقض ١٦ يونيه ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٦٤ ص ١٦١ .

٩٠٥ — اثبات السند الصحيح — على من يدعى أنه كان واضعا يده بناء على سند صحيح أن يثبت وجود سنده ، و يجوز له ذلك بحسب القواعد العامة ، فلا يجوز له اذن الاثبات بالبينة الا فى الأحوال و بالشروط التى يشترطها القانون . واذا كان المحرر المثبت للسند الصحيح عرفيا فلا يصح الاحتجاج به كسبب صحيح فى اكتساب الحق بمضى المدة الا اذا كان ثابت التاريخ .

٩٠٦ — (ب) حسن النية Bonne foi — اشترط القانون الفرنسى حسن النية . أما القوانين المصرية فلم تنص الا على السبب الصحيح (١٠٢/٧٦) ، ولم تذكر حسن النية الا بالنسبة للمنقول ، ولكن من المتفق عليه أن قواعد التقادم المكسب مأخوذة جميعها من القانون الفرنسى (المواد ٢٢٦٥ — ٢٢٧٠) ، ولا توجد أحكام مماثلة لها فى الشريعة الاسلامية التى لم تقرر مضى المدة المكسب ، فيجب توافر شرط حسن النية ، وخصوصا أنه لا يعقل أن الشارع أراد أن يحمى المنقول أكثر من حمايته للعقار . وهذا ما قضت به المحاكم .

وحسن النية هو اعتقاد المتصرف له وقت التصرف أن من تلقى الحق عنه هو المالك الحقيقى للعين التى نقلها اليه أو أنه صاحب الحق الذى انتقل اليه ، فاذا وجد لديه شك فى حق مملكه فانه يكون سيء النية (١) .

واذا كان المتصرف له يعلم بعيوب سند مملكه ، كما اذا كان مشوبا بسبب يوجب البطلان أو الفسخ فلا يعتبر حسن النية . كذلك لا يكون حسن النية اذا كان يعلم بعيوب سنده هو اذا كان العيب يترتب عليه بطلانه بطلانا مطلقا . أما اذا كان يعلم بالعيب الذى يشوب سنده والذى يترتب عليه بطلانه بطلانا نسبيا ، كنقص أهلية من نقل اليه الحق أو وجود عيب فى الرضا ، فقد اختلف

---

(١) فيجب اعتبار واضع اليد سيء النية اذا كان يعلم أن شخصا آخر هو المالك الحقيقى ، أو أن آخر يدعى أنه المالك الحقيقى للعقار الذى فى حيازته .

واذا كان مشترى العقار يعلم أن العقار ليس كله ملكا للبائع فانه لا يكون حسن النية الا بالنسبة للجزء الذى كان يعلم أنه مملوك لمن نقل اليه العقار .

فى ذلك ، فيرى بعض الشراح والمحاكم أنه يكون سيىء النية ، ولكن الرأى الراجح أنه يعتبر حسن النية ، ويجوز له التمسك بمضى المدة القصيرة ، بشرط أن يجهل أن مملكه لم يكن مالكا .

واذا كان واضع اليد يعلم أن ملكية من تعاقد معه معلقة على شرط واقف أو فاسخ فانه لا يعتبر حسن النية ، ولكن اذا كان يعتقد أن من تعاقد معه يملك العقار الذى باعه اليه ، وكانت ملكية البائع فى الواقع معلقة على شرط فاسخ ، فانه يجوز له أن يمتلك بمضى خمس سنوات ، فاذا أخفق الشرط كان الامتلاك نهائيا ، ولكن اذا تحقق فان أثر مضى المدة يزول بسبب الأثر الرجعى للشرط . مثاله : اشترى (ا) تحت شرط فاسخ ، ثم باع الى (ب) الذى وضع يده بناء على سند صحيح و بحسن نية مدة خمس سنين ، فاذا أخفق الشرط فان (ب) يبقى مالكا نهائيا ، وأما اذا تحقق الشرط فان عقد (ا) يزول ، و يترتب عليه زوال عقد (ب) .

وتقدير ما اذا كان واضع اليد حسن النية أوسيىء النية متروك للمحاكم ، فهى تقدره على حسب الظروف والأحوال .

٩٠٧ — **اثبات حسن النية** — بما أن الأصل حسن النية ، فعلى من يدعى أن واضع اليد بناء على سند لم يكن حسن النية أن يثبت ذلك (فرنسى ٢٢٦٨) ، وليس على واضع اليد أن يثبت شيئا . ويمكن اثبات سوء النية بكل أوجه الاثبات .

ويلاحظ هنا أنه وان افترض وجود حسن النية عند واضع اليد ، وانه على من يدعى أن واضع اليد سيىء النية أن يثبت ذلك ، فان القاعدة بالنسبة للسبب الصحيح هى كما تقدم أن على من يدعى أنه كان واضعا يده بناء على سبب صحيح أن يثبت ذلك .

٩٠٨ — **وقت توافر حسن النية** — يكفى أن يوجد حسن النية وقت

اكتساب الحق Au moment de l'acquisition (فرنسى ٢٢٦٩)[١] ، فاذا علم واضع اليد فيما بعد أن الذى تلقى الحق عنه لم يكن مالكا فلا يغير هذا شيئا ، ولا يمنعه من الاستمرار فى وضع يده بقصد التملك[٢] :

Mala fides superveniens non impedit usucapionem

٩٠٩ — الفرق بين حسن النية فى موضوع امتلاك الثمار وفى موضوع التقادم — تقرر المادة ٥٥٠ فرنسى كما تقدم[٣] أن واضع اليد يكون حسن النية اذا وضع يده بصفة مالك بناء على سند ناقل للملكية وكان يجهل عيوبه . ومن نص المادة نستخلص ما يأتى :

(ا) **بالنسبة لامتلاك الثمار** : لكى يوجد حسن النية يجب الاعتقاد بوجود سند صحيح ، ولكن السند الصحيح لم يشترط الا كركن مكون لحسن النية . أما فى موضوع التقادم فوجود السند الصحيح شرط خاص مستقل عن شرط حسن النية . ويترتب على ذلك :

(١) أن السند الباطل titre nul يجوز فى كل الأحوال أن يكون سندا يخول واضع اليد حسن النية الثمار ، من غير أن يفرق ، كما فى موضوع التقادم ، بين البطلان المطلق والبطلان النسبى ، فواضع اليد يظل حسن النية ولو أن سنده كان باطلا بطلانا مطلقا ، كما اذا كان باطلا من حيث الشكل ، ما دام يجهل ذلك . ولكن يلاحظ أنه اذا كان البطلان متعلقا بالنظام العام فقد قرر القضاء أن واضع اليد لا يسمح له بالاحتفاظ بالثمار .

(٢) السند الظنى ، الذى لا يوجد الا فى مخيلة واضع اليد ، يكفى لامتلاك الثمار ، ولكن لا يكفى فى موضوع التقادم .

---

(١) ووقت اكتساب الحق هو الوقت الذى كان يكتسب فيه واضع اليد الملكية لو أن مملكه كان مالكا .

(٢) قارن ما تقدم بخصوص امتلاك واضع اليد للثمار نبذة ١٩٣ .

(٣) راجع نبذة ١٧٧ .

(ب) **الوقت الذى يجب فيه توافر حسن النية** : فى موضوع التقادم يجب أن يوجد حسن النية عند اكتساب الحق ، ولكن بالنسبة لامتلاك الثمار يجب أن يوجد حسن النية وقت جنى الثمار à chaque perception de fruits. وينبنى على ذلك :

(١) ان واضع اليد الذى يزول حسن نيته يستمر فى التقادم ، ولكن ليس له بعد ذلك أن يمتلك الثمار .

(٢) حسن النية فى موضوع امتلاك الثمار يجب أن يقدر بالنسبة لشخص واضع اليد الحالى ، فلا محل لنظرية ضم وضع اليد jonction des possessions ، التى تطبق فى موضوع التقادم . فاذا توفى واضع اليد سيىء النية فان وارثه يمتلك الثمار التى يجنيها اذا كان حسن النية . وعلى عكس ذلك اذا كان الوارث سيىء النية فلا يهم اذا كان مورثه حسن النية ، فلا يمتلك الثمار التى يجنيها هو ، ولا يحتفظ الا بالثمار التى جناها مورثه .

٩١٠ — **التقادم الطويل أو مضى ١٥ سنة** — اذا كان واضع اليد لا سند له فى وضع يده على العقار ، أو لم يكن حسن النية ، فانه لا يملك العقار الا بمضى ١٥ سنة .

٩١١ — **الأموال الموقوفة** — اختلف بالنسبة لاكتساب ملكية الأموال الموقوفة ، فمن قائل ان الأموال الموقوفة لا يجوز اكتساب ملكيتها بمضى المدة ، ومن قائل ان المدة اللازمة لاكتسابها هى ٣٣ سنة ، ومن قائل انها ١٥ سنة . ولم ينص القانون على شىء بخصوصها . وجاء فى المادة ٣٧٦ من لائحة المحاكم الشرعية أن « القضاة ممنوعون من سماع الدعوى التى مضى عليها خمس عشرة سنة مع تمكن المدعى من رفعها وعدم العذر الشرعى له فى عدم اقامتها الا فى الارث والوقف فانه لا يمنع من سماعها الا بعد ثلاث وثلاثين سنة مع التمكن وعدم العذر الشرعى ، وهذا كله مع الانكار للحق فى تلك المدة » .

٩١٢ — **الرأى الأول : لا تكتسب ملكية الوقف بمضى الزمن** —

قررت بعض المحاكم أنه يستنتج من عدم التنويه عن الأموال الموقوفة ، ومن عدم وجود نصوص خاصة بها فى القانون المدنى أن الشارع اعتبر الأموال الموقوفة من اختصاص قانون الأحوال الشخصية ، وبما أن الوقف هو عمل ناتج من أحكام الشريعة الغراء فمن الصواب افتراض أن الواقف أسس الوقف اتباعا لمبادىء هذه الشريعة ، وليس من العدل حرمان الواقف من المحافظة عليه بتطبيق قانون آخر مخالف لقصد الواقف فى هذه المادة . ولا يعترض على المحاكم الأهلية اذا طبقت نصوص الشريعة الغراء بأنها ملزمة بتطبيق قانونها وأن الشريعة وضعت للمحاكم الشرعية ، لأن المادة ٢٩ من الأمر العالى الصادر بتشكيل المحاكم الأهلية جاء فيها أنه فى حالة عدم وجود نص صريح فى القانون للقاضى أن يحكم بمقتضى قواعد العدل ، ولا شىء أعدل فى هذه الحالة من تطبيق القانون الذى أسس الوقف عليه ، وبما أن الشريعة الغراء لا تجيز اكتساب الملكية بالتقادم والا لكان الأمر مناقضا للغرض الأساسى من الوقف الذى هو عدم جواز التصرف فى الأموال الموقوفة ، لأن الامتلاك بالتقادم ليس سوى طريقة مقوضة لامتلاك الأموال الموقوفة ، ولو طبقت مسألة الامتلاك بالتقادم على الأوقاف لكانت طريقة سهلة للتخلص من النص الشرعى القاضى بعدم جواز التصرف فى الأموال الموقوفة .

٩١٣ — **الرأى الثانى : تكتسب ملكية الوقف بمضى خمس سنين أو خمس عشرة سنة** — قضت بعض المحاكم بأنه لا يوجد نص فى القانون يقضى بعدم جواز امتلاك الوقف بمضى المدة ، وانما نص على عدم جواز امتلاك الأموال المخصصة للمنافع العامة بمضى المدة ، ولم تفرق الشريعة الغراء بين الوقف وسواه من الأموال فيما يتعلق بأحكام المدة الا من جهة تعيين المدة التى بمرورها لا تسمع الدعوى ، فجعلت بالنسبة للوقف والارث ثلاثا وثلاثين سنة ، ولسواها من الأموال الأخرى خمس عشرة سنة ، فاذن يمكن القول بأن الشريعة الغراء والقانون متفقان على أن لمرور الزمان تأثيرا شرعيا فى وجود الوقف ، ولكن متى

كانت الدعوى من اختصاص المحاكم الأهلية وجب أن يسرى قانونها عليها ، والقانون لم يميز بين الأعيان الموقوفة وغير الموقوفة بالنظر للمدة اللازمة لامتلاكها بوضع اليد ، بل وضع فى المـــادة ٧٦ مدنى حكما عاما يقضى باكتساب الملكية والحقوق العينية بوضع اليد مدة خمس سنوات أو خمس عشرة سنة ، ولا محل للقول بأنها لا تملك الا بثلاث وثلاثين سنة أخذا بما جاء فى المادة ٣٧٦ من لائحة المحاكم الشرعية ، لأن اللائحة وضعت لتسير عليها محكمة الأحوال الشخصية فى دائرة اختصاصها ، أى فيما يتعلق بانشاء الوقف وشروط صحته و بطلانه .

٩١٤ — **الرأى الثالث : تكتسب ملكية الوقف بمضى ٣٣ سنة** — من رأى بعض المحاكم أن الأعيان الموقوفة تمتلك بوضع اليد عليها مدة ٣٣ سنة ، لأن أحكام الوقف متعلقة بالشريعة الاسلامية .

وقد طرح الموضوع على دوائر محكمة الاستئناف الأهلية مجتمعة ، فأخذت بالرأى الأخير[1] ، للأسباب الآتية :

(١) الأموال التى اعترف القانون المدنى بها أربعة أنواع ، وهى : الملك والوقف والمباح والمخصص للمنفعة العامة ، والذى يستفاد من أحكام هذا القانون أن قواعد الامتلاك بمضى المدة لا شأن لها ، لا بالوقف ولا بالمخصص للمنفعة العامة ، بل وليس لها ، باعتبار النصوص عند وضع القانون سنة ١٨٨٣ ، شأن بالأراضى المباحة[2] ، وكل ما تنطبق عليه باعتبار تلك النصوص انما هو النوع الأول من الأموال ، وهو الملك .

(٢) الأموال الموقوفة غير قابلة بحسب تعريفها القانونى لأن تكتسب ملكيتها بوضع اليد ، الا أنه ما دام القانون قد أشار الى وجود لوائح خاصة بها ، وما دامت هذه اللوائح تجعل مدة التقادم فى الوقف ثلاثا وثلاثين سنة ، عملا

---

(١) محكمة الاستئناف الأهلية ، دوائر مجتمعة ، ٤ مايو ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٥٢٣ ص ٩٥٥ المجموعة ٣٠ رقم ١٠٧ ص ٢٤٩ .

(٢) قارن ما تقدم نبذة ٧١٤ .

بالقاعدة الشرعية ، فالواجب على القضاء المدنى أن يأتمر بأوامر القانون وأن يتبع اللوائح التى نبه صراحة اليها .

(٣) انه وان كان من واجب القضاء الأهلى الأخذ بما أمرت به الشريعة الاسلامية فى شأن الأموال الموقوفة الا أنه ليس لهذا القضاء أن يحتذى ما ورد باللائحة الشرعية حرفيا ، فيحكم بعدم سماع دعوى الوقف بعد مضى ثلاث وثلاثين سنة ، بل عليه أن يعتبر المدة فقط ، ثم يجعلها مدة اكتساب للحق بوضع اليد ، على مثال القاعدة المقررة بالمادة ٧٦ مدنى ، حتى يتيسر بذلك لواضع اليد أن يطلب تثبيت ملكيته وأن تجيبه المحكمة لهذا الطلب .

٩١٥ — **هل الوقف أن يمتلك عينا بالتقادم المكسب** — اختلف فى ذلك : فقرر بعض المحاكم الجواز ، لعدم وجود نص فى القانون يمنع منه ، فاذا وضع ناظر الوقف يده خمس عشرة سنة على عقار ، وباشر زراعته ، باعتبار أنه تابع للوقف ، فيكتسب الوقف ملكيته . وقرر بعض آخر أن العقار لا يتحول من ملك الى وقف بمضى المدة ، لأن صفة الوقف لا تترتب للأعيان الا باشهاد شرعى من المالك ، وبعد استيفاء اجراءات مخصوصة ، فجهة الوقف لا تمتلك الأعيان الحرة مهما طال وضع يدها عليها . ونحن من هذا الرأى الأخير .

٩١٦ — **الميراث — التفريق بين حق الارث وحق الامتلاك بسبب الارث** — اذا كان النزاع على حق موروث قائما بين ورثة يستحقون فى ذلك الميراث ، فالمدة المعينة لسقوط الحق لعدم المطالبة هى ٣٣ سنة ، كما هو مقرر فى الشريعة الغراء[١] ، وفى لائحة المحاكم الشرعية[٢] . وأما اذا كان النزاع قائما بين الوارث وصاحب يد مغتصب غير وارث ، أى أن النزاع فى حق

---

(١) راجع المادة ١٦٦٦ من مجلة الأحكام العدلية .

(٢) راجع المادة ٣٧٦ من لائحة المحاكم الشرعية . والمادة ٥٤/٧٧ من المجموعة المدنية التى تقرر أن الحكم فى المواريث يكون على حسب المقرر فى الأحوال الشخصية المختصة بالملة التابع لها المتوفى .

الملكية الآئل بطريق الارث ، لا على دعوى الارث نفسها ، فالمدة المقررة هى خمس عشرة سنة ، وهـذا المبدأ جرت عليـه معظم المحاكم المصرية ، المختلطة والأهلية .

غير أن بعض المحاكم قرر أن الأحكام الواجب تطبيقها على التركات فيما يتعلق بسقوط الحق فيها هى قواعد القانون المدنى ، لا قواعد الشريعة الاسلامية ، وعلى ذلك تسقط الحقوق فى الميراث بمضى خمس عشرة سنة ، لا بمضى ثلاث وثلاثين سنة ، وذلك لأن نص المادة ٢٠٨ لم يستثن التركات ولا غيرها ، والمحاكم الأهلية ملزمة بتطبيق القانون المدنى فيما يرفع اليها من المنازعات بين متقاضيها ، ومتى وجد نص فيه لزمها تطبيقه ، ويحرم عليها فى هذه الحالة الرجوع الى قوانين أو شرائع أخرى .

اكتساب الحقوق العينية بمضى المدة

٩١٧ — الحقوق العينية التى يجوز اكتسابها بمضى المدة هى ، كما تقدم ، حق الانتفاع العقارى ، وحقا الاستعمال والسكنى — اللذان هما عبارة عن نوع من حق الانتفاع العقارى — وحقوق الارتفاق .

ويجب لامتلاك هذه الحقوق وضع اليد ، مدة خمس سنين أو خمس عشرة سنة على حسب الأحوال ، وأن تتوافر شروط وضع اليد .

ووضع اليد بالنسبة لهـذه الحقوق عبارة عن استعمال الحق المراد اكتسابه بمضى المدة ، كالانتفاع الفعلى بصفة منتفع أو صاحب حق استعمال أو صاحب حق سكنى ، وبالنسبة لحقوق الارتفاق يكون وضع اليد عبارة عن استعمالها .

والسبب الصحيح بالنسبة لهـذه الحقوق هو العقد الذى يكون من طبيعته منشئا لحق الانتفاع أو حقوق الارتفاق . ويجب أن يكون صادرا من شخص يعتقد من انتقل الحق اليه أن ذلك الشخص كان له الحق فى ترتيبها .

ولا يمكن اكتساب حقوق أخرى غير الحقوق المتقدم ذكرها بمضى المدة ، فلا يكتسب حق رهن الحيازة ولا الرهن التأمينى ولا حق الاختصاص ولا حق

الامتياز ولا حق الحبس بمضى المدة المكسب كما تقدم .

ما يترتب على مضى المدة المكسب

٩١٨ — يترتب على مضى المدة المكسب ، مهما كانت مدته ، أن يكتسب واضع اليد ملكية العقار الذى وضع يده عليه ، فيصبح مالكا له ملكا تاما ، ويجوز له بناء على سبب امتلاكه هذا أن يرفع دعوى الاستحقاق Action en revendication ضد أى شخص وضع يده على العقار بعد أن امتلكه هو بمضى المدة المكسب ، وله أن يدفع بمقتضى سبب امتلاكه هذا دعوى الاستحقاق التى قد يرفعها ضده صاحب العقار الذى اكتسبه هو بمضى المدة .

وكما تقدم القول لا يؤدى مضى المدة الى اكتساب الحق بمجرد اتمامه ، بل على من يتمسك به أن يطلبه .

واذا كان العقار الذى اكتسبه واضع اليد بمضى المدة مرتبة عليه حقوق عينية ، مثل حق ارتفاق أو حق انتفاع ، فان كان وضع يده على العقار باعتباره حرا وخاليا من كل الحقوق ، فانه يمتلكه كذلك ، اللهم الا اذا كان أصحاب هذه الحقوق حفظوا حقوقهم باجراء بعض الأعمال المعارضة لوضع يده [1] .

واذا كان السند الذى وضع يده بمقتضاه من العقود القابلة للبطلان ، بسبب الغلط أو الغش أو الاكراه الخ ، فان هذه العيوب تزول . فدعوى البطلان أو الفسخ التى كان للمالك السابق أن يرفعها ضد من تلقى منه الحق مباشرة لا يمكن أن يدفع بها ضد من انتقل اليه الحق من هذا الأخير ، ووضع يده عليه ، ولا يكون للمالك الأول الا الرجوع بتعويض على من تعامل معه [2] .

ويجوز لكل شخص أن يتمسك بمضى المدة المكسب ، سواء أكان انسانا أم شخصا اعتباريا ، مهما كانت جنسيته . ويسرى مضى المدة المذكور ضد كل

---

(١) راجع كتابنا « التأمينات » فيما يختص بالرهن التأمينى (نبذة ٤٢٤ وما بعدها) .

(٢) دى هلتس ١٥٦ .

شخص الا اذا وجد سبب لوقف التقادم[١] .

ويلاحظ أنه بمقتضى القانون المصرى تسقط دعوى البطلان action en nullité بمضى خمس عشرة سنة (المادة ٢٠٨ / ٢٧٢) ، وقبل ذلك يمكن رفعها ، كما اذا كان العقد صادرا من ناقص الأهلية أو اذا شابه عيب من عيوب الرضا ، وبما أن مضى المدة المكسب اذا كان مبنيا على سبب صحيح وحسن نية مدته خمس سنين فقط ، فهل يمكن رفع الدعوى بعد ذلك ؟

وفى فرنسا أقل تقادم مكسب هو عشر سنين ، وكذلك تسقط دعوى البطلان بمضى عشر سنين ، ومع ذلك فقد جرى بحث هذا الموضوع فى حالة ما يكون مبدأ المدتين مختلفا ، لأن مبدأ مضى المدة المكسب هو وضع اليد ، فى حين أن دعوى البطلان تبدأ من وقت الوقوف على الغلط أو زوال الاكراه الخ ، فدعوى البطلان قد توجد بعد ابتداء وضع يد المشترى الثانى ، فهل فى هذه الحالة يمكن رفعها بعد انتهاء التقادم المكسب ؟

والجواب على ما تقدم هو أنه بما أن التقادم المكسب يترتب عليه أن يصير واضع اليد مالكا ملكا تاما ، فلا يجوز أن تؤدى دعوى البطلان فى هذه الحالة الى استرداد العقار ، ولكنها تستحيل الى تعويضات يطلبها المالك الأصلى ممن تلقى الحق منه مباشرة[٢] .

٩١٩ — ***الأثر الرجعى لمضى المدة*** — يرجع أثر مضى المدة الى وقت وضع اليد ، وينبنى على ذلك أن واضع اليد لا يلزم بمحاسبة المالك الأصلى على الثمار التى حصلها أثناء وضع يده ، حتى لو كان سيء النية ، كما فى حالة وضع اليد خمس عشرة سنة .

---

(١) ويطبق هذا الحكم حتى بالنسبة الى الأشخاص الاعتبارية فى القانون العام ، وقد جاء فى المادة ٢٢٢٧ فرنسى : « الحكومة والادارات العامة والمدن communes خاضعة لنفس مضى المدة الذى يخضع له الأفراد ، ويجوز لها أن تدفع به » .

(٢) وهناك رأى بأن حكم المادة ٧٦ لا يمكن أن يعطل حكم المادة ٢٠٨ ، فيبقى الحق فى طلب الابطال حتى تنقضى مدة الخمس عشرة سنة .

ولا تعتبر الحقوق العينية التي يكون المالك قد أنشأها أثناء سريان المدة ، انما تعتبر الحقوق العينية التي يكون واضع اليد قررها على الشيء .

مضى المدة فى الأموال المنقولة

٩٢٠ — **قاعدة « الحيازة فى المنقول سند الملكية »** — حيازة المنقول ، اذا توافر معها حسن النية ، وكانت بناء على سبب صحيح ، يترتب عليها اكتساب ملكية المنقول فى الحال تطبيقا لقاعدة « الحيازة فى المنقول سند الملكية » «En fait de meubles possession vaut titre» (مدنى فرنسى ٢٢٧٩) .

فتختلف هذه الحالة عن حالة العقار فى أنه لا يشترط فيها مضى وقت ، ولا تنطبق عليها القواعد الخاصة بانقطاع المدة ، اذ لا مدة فيها ، ولا تقف بالنسبة لفاقدى الأهلية .

وهذه الحالة سبقت الاشارة اليها (١) حين ذكر المادة ٤٦/٦٨ التى تقول :

« ومع ذلك تنتقل ملكية الأموال المنقولة باستلامها بناء على سبب صحيح ولو لم تكن ملكا لمن سلمها ، انما يشترط فى ذلك أن يكون المستلم معتقدا صحة الملك فيها للمسلم ، ولا يضر هذا بحق المالك الحقيقى فى طلب استردادها فى حالة الضياع أو السرقة » .

«Toutefois la propriété des meubles s'acquiert par la délivrance en vertu d'un juste titre, bien que celui qui les livre ne soit pas propriétaire, pourvu que celui qui reçoit soit de bonne foi et sauf le droit de revendication du véritable propriétaire en cas de perte ou de vol».

وقد ذكرتها أيضا المادة ٦٠٧/٧٣٣ التى جاء فيها :

« وتثبت الملكية فى المنقولات فى حق كل انسان بحيازتها المترتبة على سبب صحيح مع اعتقاد الحائز لها صحة حيازته » .

«En matière mobilière, la preuve contre toute personne résulte de la possession de bonne foi et avec titre».

---

(١) نبذة ٥٩٨ .

وعلى ذلك اذا سلم المالك ماله المنقول الى مستعير أو وديع مثلا ، وتصرف المستعير أو الوديع فى المال بالبيع الى آخر ، ووضع المشترى يده معتقدا بحسن نية أنه اشترى من المالك ، فليس للمالك الأصلى أن يلزمه برد المنقول .

٩٢١ — المسوغ القانونى للقاعدة — اختلف فى مبنى قاعدة « الحيازة فى المنقول سند الملكية » . فقد قرر بعض الشراح [١] أنها مبنية على التقادم المكسب ، وأن هذا التقادم وقتى ، ويستندون على أن المادة ٢٢٧٩ التى جاءت بهذه القاعدة ذكرت فى باب التقادم . ولكن هذا الرأى قد عدل عنه ، لأن التقادم المكسب يستلزم مضى مدة ، والقول بأن الامتلاك بالتقادم فى هذه الحالة يكون وقتيا قول لا معنى له .

وقرر بعضهم أن الامتلاك بناء على القاعدة المذكورة هو طريق خاص من طرق الامتلاك ، بمقتضاه كل من يضع يده بحسن نية على منقول لم يكن مملوكا لمن سلمه اليه يمتلكه فورا بحكم القانون ، فهو طريق امتلاك قانونى يشبه الاستيلاء ، ولا يختلف عنه الا فى أنه يكون فى الأشياء المملوكة للغير [٢] . ولكن يعترض على هذا الرأى بأنه لم يكن سوى استعراض للنتيجة العملية للنص القانونى ، لا للعلة القانونية .

ويقرر معظم الشراح أن التعليل القانونى للقاعدة المذكورة هو أن حيازة المنقولات تنشىء لمصلحة واضع اليد قرينة présomption قانونية على الملكية ، وتعفيه من كل اثبات ، ويقولون انها من القرائن القانونية التى لا يمكن اثبات عكسها ، فتواجه بها كل دعوى استرداد ترفع ضد الحائز [٣] . وقد جرى القضاء على هذا الرأى ، ولكن من رأيه أن القرينة المقررة لمصلحة الحائز ما هى الا

---

(١) ماركاديه على المادة ٢٢٧٩ نبذة ١ — ديمولومب ٩ نبذة ٦٢٢ .

(٢) لوران ٢٢ نبذة ٥٤٢ ، ٥٤٣ — ديمانت وكوليه دى سانتير ٨ نبذة ٣٨٧ مكررة — بودرى لاكنتنرى وتيسييه ٨٣١ و ٨٣٣ .

(٣) پلانيول ٢٤٩٦ — أوبرى ورو ٢ نبذة ١٨٣ ونوتة ٣ ، ٤ — هوك ١٤ نبذة ٥٠٥ .

قرينة غير قاطعة Juris tantum ، فتقبل الاثبات العكسى[1] .

٩٢٢ — المنقولات التى تسرى عليها القاعدة — لا تسرى قاعدة « الحيازة فى المنقول سند الملكية » الا على المنقولات المادية meubles corporels ، أى المنقولات التى تمكن حيازتها أو وضع اليد عليها ، فلا تسرى على المنقولات المعنوية ، أى غير المادية ، كالديون والسندات التجارية التى لا تنتقل ملكيتها الا بطريق التحويل ، وكالمحال التجارية fonds de commerce التى لا تشمل فقط الأعيان المادية والبضاعة ، بل تشمل أيضا العملاء clientèle وحق الايجار والاسم التجارى وتكون مجموعا واحدا لا يمكن تسلمه باليد .

ويستثنى من المنقولات المادية الأموال المنقولة المخصصة للمنفعة العامة ، مثل الأسلحة والمهمات الحربية ، اذ لا يصح امتلاكها ، فلا تطبق فيها القاعدة . كذلك لا تطبق فى المنقولات التى تكون الملكية فيها خاضعة لنظام خاص ، كالسفن ، فان بيعها لا يكون الا بسند رسمى والا كان لاغيا (تجارى ٣/٣/١٩٥) .

ويستثنى من المنقولات غير المادية الديون التى تكون ثابتة بسندات لحاملها ، لأن الدين يندمج فى هذه الحالة بالورقة المثبتة له وينتقل بانتقالها بالتسلم من يد الى يد ، فمثل هذه الديون تعامل كالمنقولات المادية ، هذا مع مراعاة ما استثنى قانونا من الأحكام فى حالة السرقة أو الضياع .

ويلاحظ أن « قاعدة الحيازة سند الملكية » لا تسرى الا على المنقولات التى يطلب ردها بصفة أصلية ، لا على المنقولات التى تطلب تبعا للعقار المستحق ، كما اذا طلب من واضع اليد على العقار رد الثمار التى حصلها . والمنقولات التى صارت عقارات بالتخصيص لا تنطبق عليها القاعدة الا اذا فصلت عن العقار

---

(١) والاثبات العكسى الذى تقرره المحاكم ليس اثبات ملكية المسترد ، وانما اثبات أن الحائز ليست له الحيازة التى يتطلبها القانون ، فتختلف هذه الحالة عن حالة الاستحقاق فى العقار التى يثبت فيها المالك ملكيته ، فاذا سلم شخص منقولات لآخر وحازها هذا الآخر ، ثم ادعى المسلم أنه لم يسلمها اليه الا على سبيل الرهن ، فعليه أن يثبت ذلك (نقض ١٤ فبراير ١٨٧٧ دالوز ٧٧ — ١ — ٣٢٠) .

الذى اتصلت به .

٩٢٣ — شروط تطبيق قاعدة «الحيازة فى المنقول سند الملكية» — يجب أن يضع الحائز يده على المنقول بصفة مالك ، وأن تتوافر شروط وضع اليد ، وأن يكون وضع اليد مترتبا على سبب صحيح وحصل بحسن نية .

٩٢٤ — وضع اليد بصفة مالك — يشترط أن يضع الحائز يده على المنقول ، وأن تكون حيازته له بصفة مالك ، فلا يجوز للحائزين العرضيين ، مثل المستأجر والوديع والمستعير ، أن يتمسكوا بقاعدة « الحيازة سند الملكية » . ولكن معظم الشراح والمحاكم يقررون أن الدائن المرتهن رهن حيازة الذى يتسلم من مدينه منقولا لم يكن مملوكا له ، يمكنه أن يدفع دعوى الاسترداد التى يرفعها المالك الحقيقى ضده بقاعدة « الحيازة سند الملكية »[1] . و يعتبر الحائز أنه وضع يده بصفة مالك للحق ، وعلى طالب الاسترداد أن يثبت العكس .

٩٢٥ — توافر شروط وضع اليد — يشترط فى وضع اليد أن يكون حقيقيا[2] ، وأن تتوافر شروطه ، أى أن يكون ظاهرا وهادئا وغير غامض ، أما شرط الاستمرار فلا محل له هنا ، لأنه بمجرد وضع اليد تنتقل الملكية .

٩٢٦ — توافر حسن النية والسبب الصحيح — يجب أن يكون الحائز للمنقول حسن النية ، أى أن يعتقد أنه تعامل مع المالك ، وأن يكون هناك سبب صحيح[3] ، وقد نصت على هذين الشرطين المادتان ٤٦/٦٨ ، ٦٠٧/٧٣٣ المتقدم

---

(١) كتابنا « التأمينات » نبذة ١٦٠ .

(٢) أى أن يكون عبارة عن حيازة مادية . فتسلم « بوالص » السكة الحديدية ونحوها لا يعتبر وضع يد حقيقى على البضاعة المبينة فيها . وكذلك الحال بالنسبة لمن اشترى منقولا وتركه على ذمته تحت يد البائع . ولكن قد يستفاد وضع اليد الحقيقى من تسلم المفاتيح ، اذ بذلك يصير الشىء تحت سلطان من تسلم المفاتيح (پلانيول وريبير وپيكار ٣٧٦) .

(٣) راجع ما تقدم بخصوص السبب الصحيح (نبذة ٨٩٥ وما بعدها) — وفى فرنسا =

ذكرها (١) .

وقد اختلف فى الوقت الذى يجب فيه توافر حسن النية ، فالرأى المتبع فى فرنسا أنه وقت وضع اليد ، ومن رأى بعض الشراح أنه يكفى أن يوجد حسن النية وقت الاتفاق ، كوقت البيع مثلا . والمادة ٦٨/٤٦ من القانون المصرى صريحة فى وجوب توافر حسن النية وقت وضع اليد ، اذ أنها تشترط أن يكون المتسلم معتقدا صحة الملك فى المنقول للمسلم .

ومتى وجد حسن النية فلا يهم زواله بعدئذ ، فاذا اكتشف الحائز للمنقول فيما بعد أن الشىء لم يكن مملوكا لمن نقله اليه فان هذا لا يغير شيئا .

وكما تقدم القول فى حالة العقار حسن النية مفروض فى الأصل ، فعلى طالب رد الشىء أن يثبت سوء نية واضع اليد ، ويمكنه اثبات ذلك بكل الطرق ، ولو بالقرائن . وكذلك قد فرض القانون المصرى وجود السبب الصحيح ، فقد جاء فى المادة ٧٣٤/٦٠٨ أن :

« مجرد وضع اليد على المنقولات يستفاد منه وجود السبب الصحيح وحسن الاعتقاد ، الا اذا ثبت ما يخالف ذلك ، هذا مع مراعاة ما تقدم فى حالتى السرقة والضياع » .

« La seule possession des meubles fait présumer le titre et la bonne foi, sauf preuve contraire, et sauf ce qui est dit en cas de perte et de vol. »

٩٢٧ — **حكم عدم توافر حسن النية والسبب الصحيح** — اذا لم يكن واضع اليد على المنقول حسن النية أو لم يكن وضع يده مبنيا على سبب صحيح فانه لا يكتسب ملكيته الا بمضى خمس عشرة سنة ، وتطبق فى هذه الحالة كل

= يشترط توافر السبب الصحيح من يبنى قاعدة «الحيازة سند الملكية» على التقادم الوقتى ، أما الذين يعللون القاعدة بأن الحيازة قرينة على الملكية فلا يشترطون السبب الصحيح ، بل انه يكون مفروضا لدى واضع اليد حسن النية .

(١) راجع مدنى فرنسى ٢٢٧٩ ، ١١٤١ .

القواعد الخاصة بمضى المدة المكسب ، وعلى الخصوص ما يتعلق بانقطاع المدة أو وقفها .

٩٢٨ — **استثناء — حيازة المسروق أو الضائع** — يستثنى من قاعدة « الحيازة فى المنقول سند الملكية » حالة الشيء المسروق أو الضائع ، فان واضع اليد عليه بسبب صحيح وحسن نية لا يمتلكه الا بعد مضى ثلاث سنين ، تطبيقا للمادة ١١٥/٨٦ ، التى تقول « يسقط حق الملك فى الشيء المسروق أو الضائع بمضى ثلاث سنين » [١] . فاذا طلب مالك الشيء الضائع أو المسروق استرداد منقوله قبل مضى الثلاث سنين أعطى له .

وتبتدىء مدة الثلاث سنين من وقت الضياع أو السرقة كما تقرر ذلك المادة ٢٢٧٩ فرنسى ، ولا يشترط أن يكون واضع اليد وضع يده مدة الثلاث سنين كلها ، وانما يشترط لامتلاكه أن يكون قد مضى ثلاث سنين من تاريخ السرقة أو الضياع . فاذا خبىء الشيء المسروق أو الضائع مدة سنتين مثلا ، ثم بيع الى شخص حسن النية فى خلال السنة الثالثة ، فان حق المالك فى الشيء المسروق أو الضائع يسقط بانتهاء السنة الثالثة . فمضى المدة هنا مبنى على انقضاء الزمن ، فهو مضى مدة مسقط ، لا مضى مدة مكسب ، لأنه لو كان من النوع الأخير لاستوجب استمرار وضع اليد مدة ثلاث سنين [٢] .

وسبب هذا الاستثناء هو أنه فى حالة ضياع المنقول أو سرقته لا يوجد تقصير من المالك ، فأباح له القانون أن يطلب استرداده من الحائز له ولو كان حسن النية ، بخلاف الحالة التى لا يكون فيها المنقول مسروقا أو ضائعا فان المالك الحقيقى أهمل بتسليمه الى شخص غير مؤتمن فتصرف فيه ، فليس له الا أن يلوم نفسه لسوء اختياره .

---

(١) راجع أيضا المادة ٧٣٤/٦٠٨ .

(٢) ومن رأى بعض الشراح أن سقوط دعوى الاسترداد بمضى ثلاث سنين فى هذه الحالة عبارة عن مجرد سقوط déchéance ، وكلهم متفق على أن المدة تسرى على الصغير والمحجور عليه .

والذى له أن يطلب الرد هو المالك ، وكذا كل شخص كان واضعا يده على الشىء وقت السرقة أو الضياع وكان مسئولا عن حفظه ، كما اذا سلمت منقولات لاحدى شركات السكك الحديدية لنقلها فسرقت ، فيجوز للشركة أن ترفع الدعوى بطلب ردها . وترفع الدعوى على أى شخص يوجد لديه الشىء المسروق أو الضائع ، فترفع ضد السارق أو من وجد الشىء الضائع ، أو على المشترى منهما ، سواء أكان حسن النية أم سىء النية الخ .

وليس للمالك الذى يطلب الاسترداد فى المدة القانونية أن يدفع عوضا لمن عنده هذا الشىء ، بل لهذا الأخير أن يرجع على البائع له .

ولكن يجب على طالب الاسترداد دفع العوض اذا كان الحائز للشىء قد اشتراه من تاجر أو من سوق عمومى ، وفقا للمادة ٢٢٨٠/١١٦/٨٧ ، التى نصها « كل من اشترى شيئا مسروقا أو ضائعا فى السوق العام أو ممن يتجر فى مثل ذلك الشىء وهو يعتقد ملكية بائعه له يكون له الحق فى طلب الثمن الذى دفعه من مالك الشىء الطالب استرداده » [1] . والمشتري هو الذى عليه أن يثبت

(١) مصر الابتدائية ١٩٢٢ المحاماة ٣ رقم ٤١٨ ص ٥١٣ : اشترى شخص فرسا من آخر بحسن نية وفى السوق العام ، ثم ظهر أن الفرس مسروقة ، وأمر وكيل النيابة بتسليم الفرس الى صاحبها دون أن يكلفه بدفع الثمن الذى دفعه المشترى ، فرفع المشترى دعوى على وزارة الحقانية لأنها أضاعت عليه حقه . ومحكمة مصر حكمت ، تأييدا لحكم الموسكى ، بمسئولية وزارة الحقانية .

واستئناف أهلى ٢٨ مارس ١٩٢١ المحاماة ٢ رقم ١٢ ص ٢٧: سرقت (س) لآلىء من السيدة (ج) ، ثم باعتها الى (ب) بمبلغ ٢٥٠ جنيها ، فرفعت الدعوى العمومية على (س) و (ب) ، الأولى باعتبارها سارقة والثانى مخفيا للأشياء المسروقة ، فحكم نهائيا بادانة الأولى وبراءة الثانى لثبوت حسن نيته . رفع (ب) على السيدة (ج) دعوى يطلب الحكم فيها عليها برد الثمن ، فحكمت المحكمة الابتدائية برفض دعواه ، ولكن محكمة الاستئناف قضت بالغاء الحكم وبأحقية (ب) فى الثمن وفقا لنص المادة ٨٧ مدنى ، مقررة بأنه لا يجوز للمحكمة المدنية البحث مجددا فى سوء نية المشترى بعد أن قضت المحكمة الجنائية نهائيا بحسن نيته دون الاخلال بقوة الشىء المحكوم فيه .

واستئناف مختلط ١٤ ديسمبر ١٩٢٢ (٣٥ ص ١٠٣) المحاماة ٣ رقم ٤٥٦ ص ٥٤٦ : اذا اشترى شخص كمية كبيرة من القطن من شخص مجهول لديه وبثمن وشروط مناسبة =

أنه اشترى الشيء فى السوق العام الخ .

والقانون الفرنسى يمنح المشترى حق حبس الشيء حتى يدفع اليه الثمن ، ولكن القانون المصرى لم ينص على منحه هذا الحق (١) .

هذا بالنسبة لرجوع مالك الشيء الضائع أو المسروق على حائزه بحسن نية . أما بالنسبة للسارق أو لمن عثر على الشيء فانه يكون للمالك أن يطلب رد ماله منهما فى بحر خمس عشرة سنة ، ولا يمكنهما أن يحتجا بقاعدة « الحيازة سند الملكية » ، لأنهما سيئا النية .

ولا تطبق القاعدة المنصوصة فى المادة ٨٦ على خيانة الأمانة ، قياسا لها على حالة السرقة ، وليس للمالك الأصلى الا دعوى شخصية يرفعها ضد الشخص الذى كان سلمه الشيء . وكذلك لا تطبق فى حالة الاستيلاء على المنقول بطريق النصب ، لأن تسليم الشيء الى من تصرف فيه كان باختيار المالك ، فهو مهمل ، والحائز بحسن نية يفضل عليه .

= للمشترى ولم يهتم بالتحرى عن شخصية البائع ولا عن كيفية حصوله على القطن ، وكان الشراء قد حصل فى جهة من قرية لا تعتبر سوقا عامة وان كانت عادة أهلها جرت ببيع أقطانهم فيها فانه يرتكب اهمالا جسيما يترتب عليه مسئوليته مدنيا ، فاذا ثبت أن القطن مسروق كان عليه رده أو دفع قيمته .

(١) وقد حكمت محكمة قنا بأن لا يحق للمشترى أن يحبس الشيء الى أن يقبض الثمن الذى دفعه ، لأن الحبس حق من حقوق الامتياز ، ولم يأت نص على حبسه فى القانون المصرى ، بخلاف القانون الفرنسى (٢٠ نوفمبر ١٩٠١ المحاكم ١٢ ص ٢٦٢٤) .

وحكمت محكمة بنى مزار بعكس ذلك ، اذ قررت أنه فى حالة ما اذا أراد المالك الحقيقى استرداد الشيء المبيع فللمشترى أن يحبسه حتى ينقده المسترد الثمن الذى دفعه (٢٢ فبراير ١٩١٥ المجموعة ١٦ رقم ٧١ ص ١٢١) .

الفصل الثامن

التسليم

Tradition

٩٢٩ — كان للتسليم أهمية كبرى فى العصور الأولى ، اذ كان لا يترتب على مجرد الاتفاق نقل الملكية ، بل كان يشترط التسليم . ولكن هذا القيد قد تلاشى الآن ، وأصبح الاتفاق كافيا لنقل الملكية من غير حاجة الى التسليم . على أنه توجد استثناءات لذلك فى أحوال خاصة يشترط فيها التسليم الفعلى لنقل الحقوق ، كحالة الهبة فى المنقولات ، فانها اذا لم تحصل بعقد رسمى لا يترتب عليها أثر الا بالتسليم الفعلى .

الباب السادس

فى زوال الملكية والحقوق العينية

De la perte de la propriété et des droits réels

٩٣٠ — زوال الملـكية والحقوق العينية ، أى انقضاؤها ، اما أن يكون مطلقا أو نسبيا . فيكون مطلقا Extinction absolue اذا زال الحق بالنسبة لـكل انسان ، ويكون نسبيا Extinction relative اذا زال بالنسبة لصاحبه بانتقاله الى شخص آخر .

٩٣١ — **الانقضاء المطلق** — يكون الانقضاء مطلقا اما بهلاك الشيء محل الحق هلاكا ماديا ، كما اذا احترق الشيء المقرر عليه حق الانتفاع (مدنى ٦١٧/٤٦/٢٧) ، واما بزوال الشيء زوالا قانونيا ، بأن أصبح لا يتعامل به hors du commerce ، كما اذا غير النهر مجراه واتخذ مجرى آخر فى أرض الغير ، فان هذه الأرض تخرج عن التعامل ، وتزول عنها ملـكية صاحبها [١] ، وكما اذا نزعت أرض مالك للمنفعة العامة .

واذا كان الانقضاء جزئيا فيبقى الحق بالنسبة للجزء الباقى . وقد جاء فى المادة ٦٢٣ فرنسى ، كما رأينا بالنسبة لحق الانتفاع ، أنه اذا هلك جزء من الشيء المقرر عليه حق الانتفاع فان هذا الحق يبقى على الباقى [٢] .

ولا يشترط فى هلاك الشيء أن تزول معالمه بالـكلية ، أى أن يضيع كل أثر له ، بل يكفى أن يفقد شكله ، فلا يستعمل فيما كان مخصصا له من قبل . وقد جاء فى المـادة ٦٢٤ فرنسى بالنسبة لحق الانتفاع « اذا كان حق الانتفاع مقررا على البناء فقط ، وهلك البناء بحريق أو بحادث آخر أو تهدم بالقدم ، فلا

---

(١) راجع المادة ٥٦٣ فرنسى .

(٢) راجع نبذة ٣٥٦ .

يكون للمنتفع الحق فى الانتفاع بالأرض أو بالمواد » . ولـكن اذا كان المالك هو صاحب البناء وهلك الشيء فان حق المالك يبقى بالطبع على المواد المتخلفة من الحريق أو من الهدم .

ويجب التفريق بين هلاك الشيء واستحالة استعماله ، فقد رأينا بالنسبة لحق الارتفاق أن المادة ٧٠٣ تقرر أن حقوق الارتفاق تزول اذا صارت الأشـياء فى حالة لا يمكن فيها استعمالها ، وتقرر المادة ٧٠٤ أنها تعود اذا عادت الأشياء بحيث يمكن اسـتعمالها ، الا اذا كانت قد مضت المدة التى يسقط بها هـذا الحق بعدم الاسـتعمال ، كما اذا غمر النيل أرضا مقررا عليها حق الارتفاق أو مقررا لمنفعتها ، ثم ارتدت المياه بحيث أصبح استعمال الارتفاق ممكنا [1] .

٩٣٢ — **الانقضاء النسبى** — يكون الانقضاء نسبيا اذا انتقل الشيء موضوع الحق لغير صاحبه ، وقد يكون ذلك بحكم القانون ، كما فى حالة الالتصاق والتقادم المكسب ، أو بارادة المتعاقدين ، كما فى حالة البيع والهبة ، وقد يكون بسبب بطلان أو فسخ أو الغاء العمل الذى ترتب عليه وجود الحق .

٩٣٣ — **الانقضاء الاختيارى** — قد يكون زوال الحق باختيار صاحبه volontairement ، ويكون ذلك بطريق التصرف للغير — وفى هـذه الحالة يجب أن يكون الشخص الذى يتصرف فى حقه أهلا للتصرف — أو يكون بطريق الترك .

٩٣٤ — **الانقضاء غير الاختيارى** — قد تنقضى الملـكية والحقوق العينية بغير رضاء صاحب الحق ، ويحصل ذلك فى أحوال مختلفة ، كما فى حالة نزع الملـكية للمنافع العامة ، أو نزع الملـكية بناء على طلب الدائنين ، أو المصادرة فى حكم جنائى ، أو التقادم المكسب لمصلحة الغير ، أو سقوط الحق بعدم الاستعمال .

٩٣٥ — **عدم الاستعمال** — لا تزول الملـكية كما رأينا بعـدم

---

(١) راجع نبذة ٤٨٥ .

الاستعمال [١] . فاذا ترك المالك ملكه من غير أن يستعمله مدة مهما طالت فانه لا يفقد حقه ، ولا يزول ، الا اذا وضع آخر يده على الشيء المملوك له المدة المكسبة للحقوق مع استيفاء ما يشترطه القانون من الشروط الأخرى .

أما باقى الحقوق العينية فتزول بعدم الاستعمال مدة خمس عشرة سنة كما تقدم .

٩٣٦ — *نص القانون المصرى الخاص بالانقضاء* — جاء فى المادة ١١٧/٨٨ : « لا تزول ملكية مالك بدون اختياره الا فى الأحوال الآتية :

أولا — اذا كانت الملكية قد انتقلت لغيره بسبب من الأسباب الموضحة آنفا .

ثانيا — اذا نزعت الملكية منه بناء على طلب مداينيه فى الأحوال والأوجه المصرح بها فى القانون .

ثالثا — اذا اقتضت الحال نزع الملكية منه للمنافع العامة » .

وقد سبق الكلام فى الحالة الأولى . ولكن يلاحظ أن الأسباب المذكورة فيها ليست كلها تزول فيها الملكية بدون اختيار المالك ، بل ان بعضها تزول فيه الملكية باختياره ، كالاتفاقات والهبة ، ولذلك فان العبارة الواردة فى أول المادة ليست صحيحة على اطلاقها .

أما الحالة الثانية فقد تكلمنا فيها فى كتابنا « التأمينات الشخصية والعينية » .

ونتكلم الآن فى الحالة الثالثة ، أى فى نزع الملكية للمنافع العامة .

نزع الملكية للمنافع العامة [٢]

Expropriation pour cause d'utilité publique

٩٣٧ — نصت المادة ٥٤٥ مدنى فرنسى على أنه « لا يجبر أحد على

---

(١) راجع نبذة ١٦٠ .

(٢) راجع كتابنا « نطاق حق الملكية العقارية فى مصر » L'étendue du droit de propriété foncière en Egypte. ص ١٥٦ وما بعدها .

التنازل عن ملكيته اذا لم يكن ذلك للمنفعة العامة » . وقد جاء القانون المصرى بهذا النص أيضا فى المادة ٨٨/١١٧ حيث قال « لا تزول ملكية مالك بدون اختياره الا . . . اذا اقتضت الحال نزع الملكية منه للمنافع العامة » . وقررت هذا المبدأ أيضا المادة ٩ من دستور الدولة المصرية ، فقد جاء فيها : « للملكية حرمة ، فلا ينزع عن أحد ملكه الا بسبب المنفعة العامة فى الأحوال المبينة فى القانون و بالكيفية المنصوص عليها فيه ، و بشرط تعويضه عنه تعويضا عادلا » .

تاريخ نزع الملكية للمنافع العامة

٩٣٨ — (ا) **الشريعة الاسلامية** — تجيز الشريعة الاسلامية نزع الملكية للمنافع العامة مقابل تعويض يقدره أهل الخبرة . وقد جاء فى مرشد الحيران المادة ١٦٥ : « اذا اقتضت المصلحة العامة أخذ ملك لتوسيع طريق العامة يؤخذ بقيمته ، ولكن لا يؤخذ من يد صاحبه ما لم يؤد له ثمنه مقدرا بمعرفة من يوثق بعدالته من أهل الخبرة » . وفى المادة ١٦٧ : « اذا اقتضى الحال أخذ أرض من الأراضى الأميرية من يد من هو منتفع بزراعتها لادخالها فى طريق العامة أو لغير ذلك من المصالح العامة يرفع عن صاحبها من المال المربوط بقدر ما يؤخذ منه » .

٩٣٩ — (ب) **اللائحة السعيدية** — جاءت اللائحة السعيدية الصادرة فى ٢٤ ذى الحجة سنة ١٢٧١ بأحكام خاصة بنزع الملكية للمنفعة العامة ، وهى مبنية على أحكام الشريعة المتقدمة ، وقد فرقت اللائحة المذكورة بين الأراضى الخراجية والأراضى العشورية ، وأجازت نزع ملكية الأراضى الخراجية لادخالها فى أعمال الجسور والترع والقناطر والأبنية ونحو ذلك فى مصلحة الرى مقابل رفع الخراج المقرر على هذه الأراضى نظير الانتفاع بها ، الا أن اللائحة لاحظت ما قد ينشأ من الضرر بسبب ذلك ، فخولت المدير الحق فى أن يعطى من انتزعت أطيانهم بدلا عنها من أطيان الأبعادية غير الممولة الموجودة فى الناحية ، خصوصا اذا كانوا يعولون جملة أشخاص ، واذا لم يوجد فمن الأطيان المتروكة عن

أربابها ، واذا لم يوجد فمن أطيان البلاد المجاورة ، أما الأراضى العشورية فأجازت اللائحة السعيدية فيها أيضا نزع الملكية ، ولكن مقابل دفع تعويض .

٩٤٠ — (ج) **القانون المدنى المختلط** — فى سنة ١٨٧٦ انشئت المحاكم المختلطة ، وتكلمت المواد ١١٨ — ١٤٣ من القانون المدنى المختلط فى نزع الملكية للمنافع العامة ، وفرقت بين الأراضى الخراجية والأراضى العشورية ، فقررت المادة ١١٨ أنه يجب على من لهم حق المنفعة فى الأراضى الخراجية وعلى مالكى الأبعاديات أن يتركوا بدون مقابل ما لزم من أراضيهم للطرق والترع ولكافة ما تقتضيه مصلحة التنظيم والمنافع العمومية ولو لم يشترط عليهم ذلك فى حججهم أو فى تقاسيطهم .

وقررت المادة ١٢٠ اعطاء أرباب الأطيان الخراجية والعشورية أرضا بدل الأرض المأخوذة منهم اذا كان اللازم للمنافع العمومية أكثر من ربع الأطيان المأخوذ منها .

ونصت المادة ١١٩ على أن جميع أصحاب الحقوق العينية أو المستأجرين بايجارات رسمية اذا صار نزع حقوقهم أو اخراجهم قبل انقضاء مواعيد التنبيه عليهم فيعطى لهم مقدما التعويض اللائق فى مقابلة ذلك .

ولكن نصوص القانون المختلط جاءت ناقصة وبها كثير من العيوب . من ذلك أن القانون جعل تقدير التعويض الذى يدفع لمن تنزع ملكيتهم موكولا الى منتخبين محلفين Jury ، ولكن لم يوضع نظام لانتخاب هؤلاء المحلفين . على أن المحاكم المختلطة قضت بأن عدم تمكن الحكومة من سن لائحة تشكيل هيئة منتخبين محلفين لتقدير التضمينات ، لعدم حصول الاتفاق مع الدول ، لا يترتب عليه حرمانها من الحق المخول لها بالمادة ٢٢١ مدنى القاضية باصدار أوامر بأخذ عقارات للمنافع العامة ، وانما لا يمكنها الاستيلاء على الأراضى التى تؤخذ بدون أن تدفع مقدما التعويض لصاحبها ، وفى حالة عدم وجود منتخبين

محلفين مخصوصين يجب تقـدير قيمة التعويض بمعرفة المحاكم بعد اجراء المعاينـة اذا كان هناك موجب .

٩٤١ — (د) القانون المدنى الأهلى — أهمل القانون المدنى الأهلى الصادر فى سنة ١٨٨٣ النصوص الناقصة المدونة فى المواد ١١٨ — ١٤٣ مختلط ، واكتفى بالقول فى المادة ٨٩ : « يكون الحـكم فى نزع الملـكية للمنافع العامة على حسب المقرر فى القانون المخصوص بذلك » .

٩٤٢ — (هـ) قانون نزع الملكية — لم يصدر قانون خاص بنزع الملـكية الا فى ١٧ فبراير سـنة ١٨٩٦ ، وانه وان كانت نصوص هـذا القانون أفضل من نصوص القانون المختلط ، فانها صدرت بالنسبة للوطنيين فقط ، فلم تطبق على الأجانب الذين بقوا خاضعين لنصوص القانون المختلط .

أخيرا رأت الحـكومة أن تزيل ما فى نصوص القانون المختلط من العيوب ، وأن توحد التشريع المصرى الخاص بهـذا الموضوع ، وقد أفلحت فى الحصول على مصادقة الدول على مشروع قانون بنى على أساس قانون ١٧ فبراير سـنة ١٨٩٦ ، وصدر به الأمر العالى فى ٢٤ ديسمبر سـنة ١٩٠٦ بالنسبة للأجانب ، وفى ٢٤ أبريل سنة ١٩٠٧ بالنسبة للوطنيين ، وهذان الأمران العاليان مطابقان بعضهما لبعض ومعمول بهما حتى الآن . وقد عدل هذان القانونان بالمرسوم بقانون رقم ٩٣ لسنة ١٩٣١ . وصدر مرسوم بقانون رقم ٩٤ فى ١٨ يونيه سـنة ١٩٣١ بشأن نزع ملـكية المناطق .

شروط نزع الملكية

٩٤٣ — نزع الملـكية يكون باجبار المالك على التنازل عن ملـكه الخاص لمنفعة نازع الملـكية الذى يستخدمه فى غرض معد للمنفعة العامة نظير تعويض يدفع لصاحب الملك .

وهو عبارة عن نقل ملـكية transmission de propriété ، ويكون نقل

الملكية هذا بناء على اتفاق بين المالك المنزوعة ملكيته و بين نازع الملكية الذى يستخدم الشىء المنزوع فى الأعمال المقررة للمنفعة العامة ، و يحدد بمقتضى هذا الاتفاق مقدار التعويض الذى يقوم بدفعه نازع الملكية .

فاذا لم يتفقا عليه فان لجهة الادارة أن تجبر المالك على التخلى كرها عن ماله مقابل التعويض الذى تقدره المحكمة .

وفى الحالتين ، أى سواء أحصل الاتفاق أم لم يحصل ، فان العين المنزوعة ملكيتها تنتقل الى نازع الملكية خالية من كل الحقوق والتكاليف المرتبة عليها ، ولا يكون لأصحاب هذه الحقوق سوى المطالبة بجزء من التعويض .

٩٤٤ — *من له نزع الملكية* — فى مصر ليس لغير الحكومة أن تقوم بنزع الملكية ، وهو لا يكون الا بناء على مرسوم يصدر من الملك ، وتقرر فيه المنفعة العامة ، وتبين الأراضى المطلوب نزع ملكيتها ، ويقوم الوزير المختص بتنفيذ هذا المرسوم .

وانه وان كان القانون يتكلم فى « طالب نزع الملكية Expropriant » (المادة ٦ مثلا) ، فانه من المؤكد أن الحكومة هى وحدها التى تمثل المصلحة العامة ، وليس للأفراد هذا الحق ، الا أنه يجوز للحكومة أن تنيب عنها فى استعمال هذا الحق احدى الشركات أو بعض الأفراد ، كشركة سكة حديدية مثلا ، فيكون للشركة المذكورة أن تقوم بنزع الملكية بدلا من جهة الادارة ، ولكن قيامها بذلك لا يكون بناء على حق لها ، بل بالنيابة عن جهة الادارة ، وربما قصد الشارع هذه الحالة عند ايراده عبارة « طالب نزع الملكية [١] » .

٩٤٥ — *ضد من يحصل نزع الملكية* — القاعدة هى أن نزع الملكية يكون ضد مالك الأموال المنزوعة ، فهو الذى يتمارس مع طالب نزع الملكية على قيمة التعويض بناء على دعوة المدير أو المحافظ كما سيجىء (المادة ٦ وما بعدها) .

---

(١) لامبا القانون العام والادارى ص ٤٨٦ .

الا أنه قد يكون للغير مصلحة ، كصاحب حق الانتفاع والمستأجر اذا كانت الأموال المطلوب نزع ملكيتها مقررا عليها حق انتفاع أو مؤجرة ، ففى هذه الحالة يجب على المالك أن يدعوهم الى جلسة الاتفاق ، والا كان هو دون غيره مسؤولا قبلهم عن التعويض الذى قد يطلبونه ، ولا يكون للمستأجرين وأصحاب المنفعة حق على طالب نزع الملكية فى التعويض الا اذا كان لديهم عقد ذو تاريخ ثابت سابق على الأمر العالى القاضى بنزع الملكية (المادة ٧) . وقد جىء بهذا النص منعا للاجارات الصورية أو التى تعمل غشا .

٩٤٦ — **الاموال التى يجوز نزع ملكيتها** — الأصل أن العقارات هى التى يجوز نزع ملكيتها ، ولذلك لم يذكر قانون نزع الملكية للمنافع العامة الا العقارات ، حيث جاء فى المادة الأولى منه « لا يجوز نزع ملكية العقارات للمنفعة العامة الا بأمر عال خاص بذلك » .

على أنه يظهر من بعض القوانين واللوائح الأخرى أنها تخول الحكومة حق نزع ملكية بعض المنقولات فى الأحوال المذكورة فيها ، ولكن قانون نزع الملكية قاصر على نزع ملكية العقارات .

والعقارات اما أن تكون مادية أو غير مادية . فالعقارات غير المادية لا يمكن نزع ملكيتها ، فلا يجوز نزع ملكية حق ارتفاق مثلا ، ولكن اذا كان العقار المنزوعة ملكيته مقررا عليه حق ارتفاق أو حق انتفاع فان العقار ينتقل الى طالب نزع الملكية خاليا من كل حق ، ولا يكون لأصحاب الحقوق المقررة على العقار الا طلب تعويض كما تقدم . أما العقارات المادية فيجوز نزع ملكيتها ، سواء أكانت مبنية أم غير مبنية ، مملوكة لذوى الأهلية أم لفاقدى الأهلية أم لغائبين ، وحتى الأموال الموقوفة يجوز نزع ملكيتها ، وان كانت فى الأصل لا يجوز التصرف فيها (١) ، وكذلك عقارات الدولة .

وأما بالنسبة للعقارات بطريق التخصيص ، فقد علمنا أنها لا تعتبر عقارات

---

(١) انظر المادة ٢٧ .

الا من حيث عدم جواز الحجز عليها منفردة ، ولـكنها معتبرة منقولة فيما عدا ذلك ، فلا يجوز نزع ملـكيتها مستقلة .

و « يجوز أن يكون نزع الملـكية شاملا للعقارات اللازمة للمنفعة العمومية ولـكل أو بعض العقارات المجاورة لها اذا كان أخذها لازما لحسن الوصول الى الغاية المقصودة من المنفعة العمومية » (المادة ٣) .

و « المبانى اللازم نزع ملـكية جزء منها تشترى بأ كملها اذا طلب أصحابها ذلك » (المادة ٤) .

٩٤٧ — **الغرض الذى من أجله تنزع الملكية** — نزع الملـكية فيه اعتداء جسيم على حق الملـكية لا تبرره الا المصلحة العامة ، فيجب أن يكون الغرض منه المنفعة العامة ، وتختلف هـذه المنفعة باختلاف الظروف والأحوال . والمرسوم القاضى بنزع الملـكية هو الذى يقرر هذه المنفعة العامة .

اجراءات نزع الملـكية للمنفعة العامة

٩٤٨ — **شرطانه** — يجب توافر شرطين :

(١) صدور مرسوم يقضى بنزع الملـكية وتقرير المنفعة العامة .

(٢) دفع تعويض عادل مقدما الى الأشخاص المنزوعة ملـكية عقاراتهم .

٩٤٩ — (١) **صدور المرسوم** — لا يجوز نزع الملـكية الا بأمر عال خاص بذلك (المادة ١) .

« و يلحق بالأمر العالى المذكور ما يأتى :

أولا — كشف ببيان الأرض أو البناء الذى تقرر أخـذه مع بيان صفته ومساحته وحدوده .

ثانيا — كشف بأسماء الملاك المقيدة فى المـكلفة أو جريدة عوائد الأملاك المبنية و بألقابهم ومحال اقامتهم . أما العقارات غير الواردة بالمـكلفة ولا بجرائد عوائد الأملاك فتبين فى هـذا الـكشف بأسماء واضعى اليد عليها وألقابهم ومحال

اقامتهم ، ويودع فى المديرية أو المحافظة صورة من الكشفين المتقدم ذكرهما للاطلاع عليهما » (المادة ٢) .

وينشر الأمر العالى مع ملحقاته فى الجريدتين الرسميتين ، ويلصق فى المحل المعد للاعلانات فى المديرية أو المحافظة وفى المحكمة الابتدائيــة المختلطة والأهليــة الموجود فى دائرتها العقارات المنزوعة ملكيتها .

ثم يعلن المدير أو المحافظ بالطريقة الادارية صورة من هذا الأمر العالى الى كل واحد من أصحاب الملك أو واضعى اليد المبينة أسماؤهم فيه .

ونشر هذا الأمر العالى فى الجريدتين الرسميتين تترتب عليه فى صالح طالب نزع الملكية نفس النتائج التى تترتب على تسجيل عقد انتقال الملكية (المادة ٥) .

٩٥٠ — (٢) **التعويض** — يحدد التعويض بالاتفاق مع طالب نزع الملكية . وفى حالة عدم الاتفاق يصير تقديره بحكم من المحكمة .

٩٥١ — **تقدير التعويض بالاتفاق** — يرسل المدير أو المحافظ فى ظرف الأربعة الأيام التى تلى اعلان الأمر العالى خطابا مسجلا الى طالب نزع الملكية ، والى ذوى الشأن من أصحاب الأملاك ، يكلفهم فيه بالحضور أمامه فى ميعاد قدره عشرة أيام على الأكثر للممارسة على قيمة الثمن .

ويلصق هذا التكليف فى الجهات الموجودة فيها العقارات المطلوب نزع ملكيتها . ويكون لمحضر الاتفاق قيمة سند واجب التنفيذ ، ويعتبر بمثابة عقد رسمى (المادة ٦) .

وفى حالة وجود أشخاص آخرين أولى شأن بسبب حق منفعة أو اجارة يكون صاحب الملك ملزما بدعوتهم الى جلسة الاتفاق ، والا بقى هو دون غيره مسؤولا أمامهم عن التعويض الذى يجوز أن يطلبوه ، ولا يكون للمستأجرين وأصحاب المنفعة حق على طالب نزع الملكية فى التعويض الا اذا كان لديهم عقد ذو تاريخ ثابت سابق على الأمر العالى القاضى بنزع الملكية ، وفى هذه

الحالة يقدر التعويض بنفس الطريقة التى يقدر بها التعويض الذى يستحقه الملاك (المادة ٧) .

واذا لم تحصل معارضة فبعد جلسة الاتفاق بخمسة عشر يوما يدفع المبلغ المستحق لأولى الشأن الذين حصلت التسوية معهم بناء على شهادة من قلم الرهونات دالة على خلو العقار من الرهن ، فاذا حصلت معارضة أو كان العقار مرهونا يودع المبلغ الذى لم يصرف فى خزينة المحكمة المختصة الموجودة فى دائرتها العقارات (المادة ٨) .

ولا تجوز الممارسة عند نزع ملكية العقارات التى يمتلكها القصر أو المحجور عليهم أو الغائبون أو المحال الخيرية الا فى حالة ما اذا كانت المصلحة administration هى التى طلبت نزع الملكية .

ولا يجوز للأوصياء أو القامة أو النظار تسلم ثمن العقارات الذى يتفق عليه فى هذه الحالة بالممارسة والذى يقدره فى جميع الأحوال أهل الخبرة أو يصدر به حكم الا باذن خصوصى من جهة الاختصاص .

أما اذا كان العقار وقفا لا يجوز بيعه فيدفع ثمنه فى خزينة وزارة الأوقاف اذا كان هذا الوقف اسلاميا والا فيسلم الى الجهة التابع لها الوقف للتصرف به حسب الشريعة التابع اليها » (المادة ٣٧) .

٩٥٢ — تعيين التعويض بحكم من المحكمة — اذا لم يتفق الطرفان قدر التعويض بمعرفة أهل الخبرة .

والاجراآت الخاصة بذلك هى أن يحرر المدير أو المحافظ عقب الاجتماع السابق ذكره كشفا بأسماء وألقاب ومحل اقامة الملاك الذين تأخروا عن الحضور ، أو الذين لم يحصل الاتفاق معهم على الثمن ، ويبين فيه العقارات المنزوعة ملكيتها من أربابها ، ويرسله الى رئيس المحكمة المختصة مع الأمر العالى وباقى الأوراق .

ويرسل هذا الكشف نفسه الى رئيس المحكمة فى حالة ما اذا كان المستأجرون أو أصحاب حق المنفعة الذين دعاهم المالك أو الذين دخلوا فى

الاجراآت من تلقاء أنفسهم لم يحصل الاتفاق معهم على التعويض الذى يعطى لهم (المادة ٩) .

وفى ظرف الثلاثة أيام التى تلى يوم ورود الأوراق يعين رئيس المحكمة من تلقاء نفسه واحدا أو ثلاثة من أهل الخبرة بحسب أهمية المسألة لتثمين العقارات المبينة فى الكشف المتقدم ذكره أو قيمة التعويضات التى قد تكون مستحقة لذوى الشأن الآخرين .

ويفضل انتخاب أهل الخبرة من أعيان المدينة أو المديرية .

ويحدد الرئيس فى أمر التعيين الميعاد الذى يجب على أهل الخبرة تقديم تقريرهم فيه ، ولا يجوز أن يتجاوز هذا الميعاد خمسة عشر يوما (المادة ١٠) .

ولا يقبل طعن ما فى أمر رئيس المحكمة .

ويؤدى أهل الخبرة اليمين أمامه ، ويعين فى المحضر اليوم والساعة اللذان تبتدىء فيهما معاينة أهل الخبرة (المادة ١١) .

ولا يتحتم اعلان الطرفين بأمر التعيين ولا بمحضر تحليف اليمين ، انما يجب على أهل الخبرة قبل الشروع فى المعاينة بستة أيام على الأقل أن يخطروا الطرفين بافادة مسجلة بالبريد (مسوكرة) حتى يتيسر لهما الحضور فى محل المعاينة اذا أرادا .

ويجب أن يرفق بالتقرير ايصال البريد عن كل افادة .

وتراعى القواعد الأخرى المقررة لأعمال أهل الخبرة فى قانون المرافعات فى المواد المدنية والتجارية (المادة ١٢) .

٩٥٣ — ***كيفية تقدير التعويض*** — يقدر التعويض بمراعاة قيمة العقار الحقيقية وقت تخصيصه للمنفعة العامة .

ولا تراعى الزيادة التى قد تنشأ بعد ذلك .

ولا تراعى أيضا فى تقدير ثمن العقار زيادة القيمة الناشئة أو التى يمكن أن تنشأ من نزع الملكية (المادة ١٣) .

أما اذا كان نزع الملكية قاصرا على جزء منه فيكون تقدير ثمن هذا الجزء باعتبار الفرق بين قيمة العقار جميعه وبين قيمة الجزء الباقى منه للمالك (المادة ١٣)[1] .

واذا زادت أو نقصت قيمة الجزء الذى لم تنزع ملكيته بسبب أعمال المنفعة العمومية فتجب مراعاة هذه الزيادة أو هذا النقصان ، ولكن المبلغ الواجب اسقاطه أو اضافته لا يجوز أن يزيد فى أية حالة على نصف القيمة التى يستحقها المالك بحسب أحكام المادة ١٣ المتقدمة (المادة ١٤) .

ولا تراعى مطلقا فى تقدير الثمن المبانى أو المغروسات أو التحسينات وكذلك أى عقد اجارة أو غير ذلك اذا ثبت أن احداثها كان بقصد الحصول على ثمن أزيد ، وهذا لا يمنع المالك من ازالة الأنقاض وكل ما يمكن فصله بدون اضرار بالأعمال المقتضى اجراؤها ويكون ازالة ذلك بمصاريف من طرفه .

والمبانى والمغروسات والتحسينات التى أحدثت بعد نشر الأمر العالى بنزع الملكية فى الجريدتين الرسميتين تعتبر أنها حصلت للغرض المذكور بلا حاجة الى اقامة دليل على ذلك (المادة ١٥) .

ويحرر أهل الخبرة محضرا بأعمالهم .

ويقدر رئيس المحكمة المصاريف والأتعاب المستحقة لأهل الخبرة ويرسل تقرير أهل الخبرة مع الأوراق الى المدير أو المحافظ (المادة ١٦) .

ويعلن فى الحال طالب نزع الملكية بارسال ذلك التقرير ، وعليه ايداع

---

(١) استئناف أهلى ١٢ يناير ١٩٠٨ الاستقلال ٦ ص ١٩٧ : يجب على الخبير فى اجراآت نزع الملكية أن يضع نصب عينيه قاعدة مهمة مبينة فى لائحة نزع الملكية ، وهى أن يقدر قيمة العقار باعتبار أنها تعويض لا ثمن ، وأن المرجع فى التعويض الضرر الحقيقى الذى أصاب المنزوع ملكه ، فكلما زادت الفائدة على باقى الملك من العمل الذى نزع الملك لأجله كلما نقص الضرر العائد عليه من نزع الملكية وقل التعويض اللازم دفعه ، ومما يزيد قيمة الأرض أن تروى بالراحة بعد أن كانت تروى بالآلات .

وحكم بأنه يجوز للمالك أن يطالب بثمن الجزء الذى لم تنزع ملكيته اذا كان الجزء الباقى لا يمكن الانتفاع به (استئناف مختلط ٢٦ مارس ١٩١٤ (٢٦ ص ٢٩٩) .

الثمن الذى قدره أهل الخبرة فى خزينة المحكمة .

وعليه فى كل الأحوال دفع المصاريف التى يستدعيها هذا الايداع .

وعليه كذلك أن يودع قيمة أجرة أهل الخبرة ، وانما اذا حصلت معارضة تكون مصاريف عمل أهل الخبرة على جانب الطرف الذى رفض طلبه (المادة ١٧) .

٩٥٤ — **التخلى عن العقارات المنزوعة** — يصدر وزير الأشغال العمومية لدى اطلاعه على شهادة ايداع الثمن قرارا بالاستيلاء على العقار المنزوعة ملكيته (المادة ١٨) .

ويعلن هذا القرار اداريا الى كل من ذوى الشأن مع تكليفهم بالتخلى عن العقارات فى ميعاد خمسة عشر يوما ، ومتى انقضى هذا الميعاد يجوز أخذها ولو بالقوة .

واذا كان التنفيذ سيعمل فى محل سكن شخص أجنبى فلا يجوز اجراؤه الا بعد اخطار القنصلية التابع لها هذا الشخص (المادة ١٩) .

٩٥٥ — ويجوز للطرفين الطعن فى عمل أهل الخبرة بالطرق المعتادة أمام المحكمة الابتدائية ، وذلك فى خلال الثلاثين يوما التالية ليوم اعلان القرار الوزارى (المادة ٢٠) .

واذا حصل الطعن فى عمل أهل الخبرة من واحد أو أكثر من الملاك أو غيرهم من ذوى الشأن ، وليس من طالب نزع الملكية ، فيجوز لذوى الشأن المذكورين أخذ المبلغ المودع ، مع مراعاة الشروط المنصوص عليها فى المادة الثامنة بدون أن يخل ذلك بما يكون لهم من الحقوق فى زيادة الثمن (المادة ٢١) .

واذا حصل الطعن فيه من طالب نزع الملكية جاز لذوى الشأن فى جميع الأحوال أخذ المبلغ الذى عرضه الطالب المذكور ، مع مراعاة الشروط نفسها ودون أن يخل ذلك بما يكون لهم من الحقوق فى زيادة الثمن (المادة ٢١ فقرة ثانية مضافة بالقانون رقم ٩٣ لسنة ١٩٣١) .

ما يترتب على نزع الملكية

٩٥٦ — يجب اعتبار نزع الملكية فى زمنين مختلفين : (ا) بعد اعلان الأمر العالى القاضى بنزع الملكية . (ب) بعد دفع التعويض .

٩٥٧ — (ا) **بعد اعلان الأمر العالى** — يترتب على نشر الأمر العالى فى الجريدتين الرسميتين فى صالح طالب نزع الملكية نفس النتائج التى تترتب على تسجيل عقد انتقال الملكية ، فمن هذا الوقت يصير من نزعت منه الملكية غير مالك للعقار الذى ينتقل الى طالب نزع الملكية ، فليس له أن يتصرف فيه بالبيع ونحوه أو بترتيب حقوق عينية عليه ، واذا تصرف فيه لا يحتج به قبل طالب نزع الملكية .

ولكن المالك المنزوعة ملكيته يجوز له أن يستمر مستوليا على العقار وأن ينتفع به ، وله أن يعترض على كل تعد على حق انتفاعه ، سواء أمن جهة الادارة المختصة أم من الأفراد . وقد حكم بأنه ما دام الشارع المنوى انشاؤه لم يصبح حقيقيا فللقاضى أن يأمر بسد الشبابيك التى فتحها الجار من غير أن يراعى المسافات القانونية [١] .

وقد قضت محكمة النقض المدنية بأن المستفاد من نصوص قانون نزع الملكية الصادر فى ١٤ ابريل سنة ١٩٠٧ المعدل فى ١٨ يونيه سنة ١٩٣١ أنه وان اعتبر نازع الملكية مالكا للعين المنزوعة ملكيتها من يوم نشر المرسوم بغير حاجة الى اشهار الا أن حق المالك المنزوعة ملكيته فى وضع يده على تلك العين والانتفاع بثمرتها باق له لغاية صدور قرار وزير الأشغال بالاستيلاء عليها ، فلهذا المالك أن يستثمرها بنفسه أو أن يؤجرها لغيره ، وله فى سبيل حماية وضع يده فى هذه المدة الحق فى أن يدفع كل تعد يمس انتفاعه بها سواء أكان مصدره نازع الملكية نفسه أم غيره [٢] .

---

(١) استئناف مختلط ٢١ مارس ١٩١٨ (٣٠ ص ٣٠٧) .

(٢) نقض مدنى ٢٩ اكتوبر ١٩٣٦ المحاماة ١٧ رقم ١٩٥ ص ٤٠٤ .

٩٥٨ — فوائد الثمن — قررت محكمة الاستئناف الأهلية بخصوص فوائد الثمن أن المادة ٣٣٠ مدنى ، التى تخول البائع حقا فى فوائد الثمن الذى لم يدفع اذا كان الشىء المبيع الذى سلم للمشترى مما ينتج ثمارا أو ريعا ، لا تنطبق على حالة نزع ملكية أرض للمنفعة العامة ان كانت الأرض تزرع قبل نزع ملكيتها ، ولكنها أصبحت بعد نزعها لا تنتج شيئا بسبب ادخالها فى الأملاك الأميرية العامة ، وعلى ذلك اذا كان مالك الأرض لسبب ما لم يقبض ثمنها وقت استيلاء الحكومة عليها فلا حق له فى فوائد الثمن الا من تاريخ التكليف الرسمى بالدفع [1] .

٩٥٩ — (ب) بعد دفع التعويض — بعد دفع أو ايداع التعويض المتفق عليه أو المقرر بحكم قضائى ، يجب على من نزعت ملكيتهم أن يتخلوا عن العقارات ، واذا لم يفعلوا فيجوز أخذها ولو بالقوة (راجع المادة ١٩) .

ودفع الثمن الى الملاك المبينة أسماؤهم فى الأمر العالى يحصل به الابراء التام ، وطالب نزع الملكية لا يطالب بعد ذلك من أى أحد كان ، وتكون العقارات المنزوعة ملكيتها حرة من كل أنواع الرهن (المادة ٢٨) [2] .

ودعاوى الفسخ ودعاوى الاسترداد وسائر الدعاوى العينية لا تقف نزع الملكية ولا تمنع نتائجه ، ويبقى حق الطالبين على الثمن فقط ، ويكون العقار حرا من ذلك الحق (المادة ٢٩) .

٩٦٠ — ونزع الملكية للمنفعة العامة لا يترتب عليه حتما أن كل عقار نزعت ملكيته لهذا الغرض يصبح من أملاك الحكومة العامة ، انما تتعين طبيعته بالنظر الى الغاية التى كان مخصصا لها . وقد حكم بأنه اذا نزعت ملكية أرض وفقا للمادة الثالثة من القانون رقم ٥ لسنة ١٩٠٧ لأجل تسهيل الأعمال اللازمة لتوسيع احدى محطات السكة الحديدية ، ولم تكن هذه الأرض داخلة فى الأرض

---

(١) استئناف أهلى ٢١ يونيه ١٩١٧ المجموعة ١٨ رقم ١١٥ ص ١٩٩ .

(٢) استئناف أهلى ١٠ فبراير ١٩٢٠ المجموعة ٢١ رقم ١١٦ ص ١٨٦ .

المخصصة فعلا لتوسيع المحطة بقيت خارجة عن أملاك الحكومة العامة ، وجاز للادارة بيعها بدون ضرورة الى استصدار مرسوم بذلك ، والمالك الذى نزع ملكه للمنفعة العامة يفقد بمجرد نزع ملكيته كل حق على العين التى أخذت منه ، فليس له أن يتمسك بحق الأولوية على غيره من المشترين اذا عرضت الادارة العين للبيع بعد ذلك ، لكن يجوز له أن يشفع فيها اذا كان موقع أملاكه الأخرى يسوغ له استعمال حق الشفعة [1] .

الاستيلاء المؤقت

Occupation temporaire

٩٦١ — يجيز القانون فى حالتين الاستيلاء على الأراضى المملوكة للأفراد ، لوقت محدود ، مقابل تعويض ، وليس هذا نزع ملكية ، وانما هو استيلاء مؤقت حتى تنتهى الأعمال التى استوجبته ، على أنه اذا زاد وقت الاستيلاء على زمن معين فانه يؤدى الى نزع الملكية .

وأثناء الاستيلاء يبقى صاحب الأرض مالكا ، ويصح له أن يتصرف فيها كما يشاء ، فهو لا يحرم الا من حق الانتفاع .

٩٦٢ — **حالتا الاستيلاء** — الحالتان اللتان يجيز فيهما القانون الاستيلاء المؤقت هما :

(١) اذا استلزمت المنفعة العامة الاستيلاء المؤقت : ويقرر هذه المنفعة قرار يصدره وزير الأشغال العمومية ، لا أمر عال كما هو الحال فى نزع الملكية .

أما الاجراآت التى يجب اتباعها فهى الآتية :

اذا رأت وزارة الأشغال العمومية ضرورة الاستيلاء مؤقتا على عقار للمنفعة العامة فيكلف المدير أو المحافظ بالممارسة مع صاحبه .

فان تعذر الاتفاق يقدر المدير أو المحافظ قيمة التعويض التى يقتضى دفعها ،

---

(١) استئناف أهلى ١٠ فبراير ١٩٢٠ المجموعة ٢١ رقم ١١٦ ص ١٨٦ .

ويعين مدة الاستيلاء بحيث لا تتجاوز السنتين ، فان لم يقبل صاحب العقار ذلك تودع القيمة فى خزينة المحكمة ، ثم يكون تقدير التعويض بحسب اجراءات نزع الملكية .

وبمجرد ايداع المبلغ يؤخذ العقار ولو بالقوة ، ولا تحول دون ذلك أية معارضة .

ويجوز لصاحب العقار أخذ المبلغ المودع بدون أن يخل ذلك بما يكون له من الحقوق فى الزيادة (المادة ٢٢) .

(ب) فى الأحوال المستعجلة : فى حالة حصول غرق أو قطع جسر أو تخرب قنطرة وفى سائر الأحوال المستعجلة يجوز للمدير أو المحافظ أن يأمر بالاستيلاء مؤقتا على العقارات اللازمة لاجراء أعمال الترميم أو الوقاية (المادة ٢٣) ، ولا يشترط فى هذه الحالة صدور قرار من وزير الأشغال العمومية كما فى الحالة الأولى .

ويحصل الاستيلاء فورا بعد أن يكون قد أجرى بواسطة مهندس المديرية أو غيره من أهل الخبرة اثبات صفة العقارات ومساحتها وحالتها بدون حاجة الى اجراءات أخرى .

ثم يعين المدير أو المحافظ فى الثلاثة أيام التالية مدة الاستيلاء المؤقت وقيمة التعويض المستحق لأصحاب العقارات ، وعند عدم قبولهم هذا التعويض تراعى الأحكام المذكورة فى الحالة السابقة (المادة ٢٣) .

ويجوز للمدير أو المحافظ ، عند ما تدعو المنفعة العمومية ، أن يصدر قرارا بتمديد مدة الاستيلاء المؤقت المذكور فى الحالتين السابقتين لغاية ثلاث سنين ، مع تقدير التعويض بنسبة التعويض السابق ، أما اذا كان الاستيلاء لازما لمدة تزيد على ثلاث سنين فتنزع الملكية ان لم يتم الاتفاق بالممارسة (المادة ٢٤) .

والعقار الذى حصل الاستيلاء عليه مؤقتا يعاد بنفس الحالة التى كان عليها وقت أخذه ، وكل تلف يجعل لصاحبه حقا فى التعويض عنه ، واذا أصبح العقار بسبب التلف غير صالح للاستعمال الذى كان مخصصا له فتلتزم الحكومة بمشتراه

ودفع القيمة التى كان يساويها وقت الاستيلاء عليه (المادة ٢٥) .

وكلما دعت الحال لمعاينة أهل الخبرة لتقرير قيمة التعويض المستحق عن الاستيلاء المؤقت وجب عليهم أيضا تقرير قيمة العقار واثبات ذلك فى تقريرهم (المادة ٢٦) .

نزع ملكية المناطق

٩٦٣ — يتبين مما سبق أن نزع الملكية للمنافع العامة ، وفقا لقانونى سنة ١٩٠٦ وسنة ١٩٠٧ ، مقصور على الأحوال التى تقتضيها المنفعة العامة ، فليس من الجائز بمقتضى هذين القانونين نزع ملكية عقارات تزيد على الحدود اللازمة للمصلحة العامة التى تقصدها الدولة .

وقد أدى هذا التضييق الى غل يد الحكومة فى تنسيق المدن والأحياء وتوفير أسباب الصحة أو التجميل فيها ، فلم تكن لتستطيع أن تنشىء حيا جديدا أو تزيل دورا لا تتفق فى شكلها مع المبانى المجاورة ، كما أنها لم تكن حرة فى التصرف فيما يزيد على ما تحتاجه المنفعة العامة بأثمان تعوض عليها ما أنفقته فى سبيل هذه المنفعة . لهذا رأى المشرع أن يقتبس من بعض التشريعات الأجنبية ، كالتشريع البلجيكى ، أحكاما تعطى الحكومة الحق فى تجاوز الحدود اللازمة للمنفعة العامة ، واعادة بيع ما يزيد على حاجتها ، وضمنت هذه الأحكام المرسوم بقانون رقم ٩٤ لسنة ١٩٣١ ، الخاص بنزع ملكية المناطق ، وهذا نصه :

مادة ١ — اذا كان الغرض من نزع الملكية للمنافع العامة هو انشاء أحد الشوارع أو الميادين العامة أو توسيعه أو تعديله أو تمديده ، جاز أن يشمل نزع الملكية فضلا عن المساحات اللازمة لذلك الشارع أو الميدان مساحات أخرى ، على أنه لا يجوز أن تزيد هذه المساحات بالنسبة لكل جانب من جانبى الشارع على العرض المقدر له ولا على ثلاثين مترا بأية حال وبالنسبة للميدان على ثلاثين مترا بالقياس من خط تنظيمه الجديد .

مادة ٢ — اذا أريد نزع الملكية للمنافع العامة لشأن من شؤون الصحة

أو التحسين فى مدينة أو قرية كلها أو بعضها ، أو أريد ذلك لانشاء حى جديد جاز أن يتعدى نزع الملكية العقارات اللازمة لطرق المواصلات أو لغيرها من الأغراض أو المرافق العامة وأن يشمل أيضا ما يرى ضرورة نزع ملكيته من عقارات أخرى سواء أكان وجه هذه الضرورة الصحة العامة أو التجميل أم كان ذلك لأن تلك العقارات الأخرى بسبب صغرها أو عدم انتظام شكلها لا تقبل التقسيم والبناء عليها بكيفية لائقة تتفق والغاية المقصودة من المنافع العامة .

مادة ٣ — العقارات التى لا تستغرقها الأعمال العامة فى الحالات المشار اليها فى المادتين السابقتين يعاد بيعها أو ينتفع بها على أى وجه آخر بحسب الأحوال .

ويبين مرسوم نزع الملكية كيفية الانتفاع بتلك العقارات ، وعند الاقتضاء الشروط وحقوق الارتفاق والتكاليف التى تشترط فى اعادة البيع .

مادة ٤ — يكون للملاك الذين نزعت ملكيتهم حق الأفضلية على غيرهم فى تملك القطع المقرر اعادة بيعها .

على أنه لاستعمال هذا الحق يجب أن يكون المالك قد ملك ثلث القطعة على الأقل ، فاذا طلبها أكثر من واحد فضل المالك الذى كان نصيبه فيها أكبر . واذا تساوت الأنصبة فضل الذى يعود على ملكه منها منفعة أكبر .

وتبين كيفية استعمال هذا الحق فيما يتعلق بكل نزع ملكية بمقتضى قرار وزارى . وعلى كل حال يجب استعماله فى خلال ستة أشهر من نشر القرار المذكور والا سقط الحق فيه .

مادة ٥ — يشمل ثمن اعادة البيع للملاك القدماء فضلا عن الثمن الذى اتخذ أساسا لنزع الملكية ما يكون قد اكتسبه العقار وقت اعادة البيع من الزيادة فى قيمته بسبب الأعمال . واذا لم يحصل الاتفاق وديا على مقدار هذه الزيادة فى القيمة يكون التقدير بمعرفة المحكمة المختصة بدعوى ترفع بناء على طلب ذى الشأن بالطرق المعتادة وفى خلال ستة أشهر من تاريخ استعمال حقه طبقا لأحكام المادة السابقة ، فان لم ترفع الدعوى على الوجه وفى الميعاد المذكورين سقط حقه فى الأفضلية .

ويجوز بناء على طلب المشترى أن تدفع الزيادة فى القيمة التى تكون قد قدرت بالتراضى أو بالقضاء على خمسة أقساط سنوية يكون أولها مستحق السداد فورا . واذا تأخر السداد فى الآجال المقررة على الوجه المتقدم جاز للحكومة تحصيل الأقساط المذكورة بطريق الحجز الادارى طبقا لأحكام الأمر العالى الصادر فى ٢٥ مارس سنة ١٨٨٠ .

مادة ٦ — تطبق أحكام المواد الثالثة والرابعة والخامسة فى حالة ما اذا قصد بنزع الملكية للمنافع العامة كشف منظر أثر قديم أو أثر من آثار العهد العربى يكون له أهمية فنية أو تاريخية أو تسهيل الوصول الى ذلك الأثر أو ازالة عقار لا يكون بقاؤه بسبب شكله أو وجه استعماله متلائما مع مجموع العقارات المجاورة .

مادة ٧ — مع عدم الاخلال بأحكام اللوائح المتعلقة بالتنظيم لا يؤخذ فى الأحوال المشار اليها فى المادتين الأولى والثانية من هذا القانون بالقرينة القانونية المنصوص عنها فى الفقرة الثانية من المادة الخامسة عشرة من قانون نزع الملكية للمنافع العامة الا بالنسبة للمبانى والغراس والتحسينات التى تكون قد أحدثت من تاريخ الاعلان الادارى لمرسوم نزع الملكية المشار اليه فى المادة الخامسة من قانون نزع الملكية للمنافع العامة .

وكذلك فى الأحوال المتقدم ذكرها يبطل أثر هذا الاعلان اذا كان المدير أو المحافظ أثر عدم الاتفاق على الثمن لم يوصل ملف نزع الملكية الى رئيس المحكمة المختصة فى خلال الستة الأشهر التالية للاعلان .

على أنه يجوز اجراء الاعلان من جديد الى أصحاب الشأن بعد سنة من تاريخ بطلان أثره ؟

فهرس

الباب الثالث — فى حق الانتفاع

الباب الرابع — فى حقوق الارتفاق

الفصل الثامن — فى التسليم

الباب السادس — فى زوال الملكية والحقوق العينية


